Die Hemmung

des Fortgangs der Ersitzung des Eigentums nach Gemeinem Recht und Bürgerl. Gesetzbuch

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der Juristenfakultät
der Landesuniversität Rostock

eingereicht von

ACAD. LAND. RAT. BIBL.

Alfred Dobring
Referendar aus Altona.

Blankenese.
Johs. Kröger's Buchdruckerei
1903.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549207_0197

Inhalts-Uebersicht.

Seite

A. **Einleitung** 1

B. Teil I: **Das Gemeine Recht.**

a. Die Unterbrechung.

§ 1. Kurzer Blick auf die Ersitzung des Justinianischen Rechts 3
§ 2. Naturalis usurpatio 5
§ 3. Civilis usurpatio 6
§ 4. Mala fides superveniens 10

b Die Hemmung im engeren Sinn.

§ 5. Überblick 11
§ 6. Die Minderjährigkeit und verwandte Hemmungsgründe 12
§ 7. Tempus hostilitatis 14
§ 8. Das tignum iunctum 16

C. Teil II: **Das Bürgerliche Recht.**

a. Die Unterbrechung.

§ 9. Vorbemerkung 19
§ 10. Naturalis usurpatio nach B. G.-B. 20
§ 11. Civilis usurpatio nach B. G.-B. 23
§ 12. Mala fides superveniens 27

b. Die Hemmung im engeren Sinn.

§ 13. Überblick 27
§ 14. Vis maior und iustitium 28
§ 15. Pietätsverhältnisse als Hemmungsgründe 29
§ 16. Hemmung beim Fehlen eines gesetzlichen Vertreters . 31
§ 17. Hemmung bei Ansprüchen für oder gegen einen Nachlaß 33

Literatur-Verzeichnis.

Arndts: Pandekten. 12. Aufl.
Bähr: Gegenentwurf.
Bähr: Zur Beurteilung.
Biermann: Kommentar zum B. G.-B.
Binding: Über Besitz . . . Archiv Bd. 27.
v. Buchka: Vergleichende Darstellung des B. G.-B. und Gemeinen Rechts.
Bucholz: Versuche. Berlin 1831.
Buhl: Recht der beweglichen Sachen. 1903.
Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Jena 1898.
Dernburg: Pandekten. 6. Aufl.
Dernburg: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Halle 1901.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.
Engelmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1900.
Enneccarus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Marburg 1901.
Eisele: Über Ersitzung. Jahrbücher für Dogm. Bd. 24,6.
Falk: Der Einfluß der Usurpation eines Nachlasses auf die Rechtsverhältnisse der Ersitzung. Inaugural-Dissertation.
Frech: Das B. G.-B.
Gierke: Beiträge. Derselbe: Entwurf.
Goldmann-Lilienthal: Das B. G.-B. Berlin 1900.
Grueber: Über den Einfluß der Eigentumsklage auf die Ersitzung nach Römischem Recht. München 1875.
Hachenburg: Das B. G.-B., Vorträge. Mannheim 1900.
Hackfeld-Pflüger: Über Besitz und Ersitzung. Straßburg 1886.
Haidlen: Kommentar zum B. G.-B.
Heinsheimer: Das B. G.-B.
Hölder: Über L. 30 § 1 D. 41,3. Archiv Bd. 61.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten . . . Berlin 1899.
Kuhlmann: Eigentumserwerb an Immobilien. Bonn 1899.
Krückmann: Institutionen.
Krumbholz: Die Hemmung der Verjährung. Greifswald 1899.
Leske: Vergleichende Darstellung des B. G.-B. und Allgemeinen Landrechts.
Lessing: Die Ersitzung des Eigentums nach B. G.-B. Sächs. Archiv 10,6.
Madai: Beitrag zur Erklärung der L. 30 § 1 D. 41,3. Archiv Bd. 27.
Marezoll: Über den Einfluß des tempus hostilitatis auf die Verjährung. Z. S. f. Civ. u. Proz. Bd. VII.
Markus: Eingebaute fremde Sachen . . . Inaugural-Dissertation. Rostock 1902.
Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1900.
Meischeider: Die alten Streitfragen. Berlin und Leipzig 1889.

Müller: Die Hemmung der Anspruchsverjährung. Inaugural-Dissertation. Jena 1901.
Motive.
Pfitzer: Das Recht des B. G.-B.
Planck: Kommentar zum B. G.-B.
Protokolle.
Puchta: Pandekten. 10. Aufl.
Reatz: Die zweite Lesung. Berlin 1894.
Rehbein: Das B. G.-B.
Scherer: Das Sachenrecht des B. G.-B. Erlangen 1899.
Schuhmacher: Über tignum und tignum iunctum. Bonn 1882.
Sintenis: Pandekten. 2. Aufl.
Sintenis: Über Besitz und Ersitzung. Archiv Bd. 20.
Stephan: Die Lehre von der Ersitzung. Archiv Bd. 31 und 34.
Stobbe-Lehmann: Das B. G.-B.
Strube: Das B. G.-B.
Sturm: Die Unterbrechung der Verjährung. Inaugural-Dissertation. Greifswald 1900.
Thibeaut: Über den Verlust des Besitzes durch Verbindung. Archiv. 7.
v. Vangerow: Pandekten. 7. Aufl.
Wächter: Erörterungen. Stuttgart 1845.
Weyl: Vorträge. München 1900.
Wilke: Die Wirkung der Usurpation eines Nachlasses auf die Rechtsverhältnisse der Ersitzung. Inaugural-Dissertation.
Windscheid-Kipp: Pandekten. 8. Aufl.
Zrodlowski: Entwurf.
Zrodlowski: Codifikationsfragen.

Einleitung.

Bevor wir der eigentlichen Aufgabe unserer Darstellung, einer kritischen Vergleichung der Hemmung des Fortgangs der Ersitzung des Eigentums im Gemeinen und Bürgerlichen Recht näher treten, erscheint es angebracht, in großen Zügen den Begriff der Ersitzung, wie er beiden Rechten eigentümlich ist, festzulegen, dann aber besonders noch kurz die Abweichungen zu streifen, welche das neueste Recht in seiner Lehre von der Ersitzung gegenüber dem alten Recht aufweist.

Die Ersitzung ist übereinstimmend für beide Rechte zu definieren als Eigentumserwerb durch einen die gesetzliche Zeit hindurch fortgesetzten Besitz. (Dernburg). Wenn aber in dieser Definition fortgesetzter Besitz als einzige Voraussetzung für den Eigentumserwerb durch Ersitzung auftritt, so ist damit nur ein Mindestmaß der Anforderungen festgelegt, eine Grundlage auf der das Gemeine Recht eine Reihe weiterer Voraussetzungen aufbaute, wie das Erfordernis der res habiles, der fides und des titulus.

Trafen diese drei Bedingungen mit dem durch eine gewisse Zeit fortgesetzten Besitz zusammen, so hatten sie eine „ordentliche" Ersitzung zur Folge.

Neben dieser aber stand im Gemeinen Recht noch eine „außerordentliche" Ersitzung, welche zunächst vom titulus völlig absah, denn aber auch einer res inhabilis gegenüber, wie z. B. den res furtivae, deren Erwerb im Wege ordentlicher Ersitzung ausgeschlossen war, Platz griff, eine Ersitzung mithin, welche lediglich auf possessio, fides und einem der ordentlichen Ersitzung gegenüber allerdings erheblich ausgedehnten tempus basierte, sonst aber in ihren Folgen, d. h. dem Erwerb vollen Eigentums, der ordentlichen Ersitzung durchaus gleichstand.

Gegenstand beider Arten der Ersitzung konnten unterschiedlos bewegliche Sachen und Grundstücke sein, einzig der Zeitraum, dessen Ablauf zur Vollendung der Ersitzung erforderlich war, war bei Sachen letzterer Art ein längerer.

Dem gegenüber ist dem B. G.-B. ein Unterschied zwischen ordentlicher und außerordentlicher Ersitzung unbekannt. Wenn seine Ersitzung überhaupt in eine Schablone gepreßt werden soll, so könnte man sie fast mit der außerordentlichen Ersitzung identifizieren, wenn nicht der schwerwiegende Unterschied bestände, daß der Ersitzung des B. G.-B. nur bewegliche Sachen unterworfen sind. Hiervon abgesehen aber kennt das B. G.-B. gleich den Vorschriften für die außerordentliche Ersitzung weder das Erfordernis des titulus noch einen Unterschied zwischen res inhabiles und habiles es sei denn, daß man den Fall des § 2026 B. G.-B. hierher rechnen will; geht das Gesetz doch inbetreff der Beseitigung des Begriffes der res inhabiles soweit, daß seine Ersitzung ihren Haupt-, um nicht zu sagen einzigen Anwendungsfall bei den res furtione findet, weil ja in anderen Fällen nach ihm schon mit dem gutgläubigen Erwerb Eigentum eintritt, es mithin einer Ersitzung gar nicht bedarf.

Demnach sind zwar, was den Gegenstand der Ersitzung anbetrifft, vom B. G.-B. engere Grenzen gezogen, in bezug aber auf ihre Voraussetzungen lehnt das Gesetz den Regelfall Gemeinen Rechts so sehr ab, daß es vielmehr die Vorschriften der Ausnahme auf den Schild erhebt.

Bei dieser sehr allgemeinen Kennzeichnung der bestehenden Unterschiede, die jedoch, um im Rahmen unserer Aufgabe zu bleiben, an dieser Stelle genügen muß, darf nicht vergessen werden, daß neben dem neuesten Zivilrecht nur die jüngste gemeinrechtliche Lehre berücksichtigt ist.

Gerade die Lehre von der Ersitzung hat, wie kaum ein anderes Institut ihre Geschichte, in welcher sie, eine beweiskräftige Illustration des „alles fließt", unter dem Drucke der das gesamte Zivilrecht bewegenden sozialpolitischen Gedanken in den einzelnen Perioden ein anderes Bild zeigt.

Von der engen, nur Stadtrömern zugänglichen usucapio über die prätorische im Interesse der Provinz geschaffene longi temporis praescriptio bis zu der Verschmelzung beider in einem allen zugänglichen Institut durch Justinian, ein gewaltiger Schritt, mit dem, abgesehen von der Erweiterung, welche das Kanonische Recht durch das Erfordernis der bona fides schuf, die Entwickelung bis zum B. G.-B. abgeschlossen war.

Das Werk war geschaffen, jetzt kam die Kritik und von der Glosse inauguriert, zogen sich die Federkämpfe bis etwa zur Mitte des 19. Jahrhunderts hin.

Die Absicht Justinians, eine Vereinigung beider Institute in einer dritten Form, wurde bezweifelt, es fanden sich gewichtige Stimmen, welche die usucapio, andere, welche die longi temp. praescriptio als die Ersitzung des Gemeinen Rechts ansprachen.

Es bedarf keiner Erörterung, wie unumgänglich eine bestimmte Stellungnahme zu dieser Kontroverse gerade zur kritischen Würdigung der einzelnen Hemmungsgründe nötig ist, sind diese doch bei den einzelnen Instituten durchaus andere, mag darum im folgenden Paragraphen diese Streitfrage zunächst ihre Erledigung finden.

Teil I.

Das gemeine Recht.

A. Die Unterbrechung.

§ 1. Kurzer Blick auf die Ersitzung des Justinianischen Rechts.

Die Ersitzung des Justinianischen Rechts, wie sie sich darstellt in der lex un. C. 7,31 ist, wie schon oben erwähnt, eine Verschmelzung der Rechtsinstitute der usucapio des jus civile und der longi temporis praescriptio des Peregrinenrechts, des jus gentium. Unter sich in bezug auf die Art ihrer Geltendmachung und teilweise auch ihrer Wirkung in Kardinalpunkten verschieden, sollten sie, so war der in der zitierten lex unverkennbar dokumentierte Wille Justinians, jetzt ein einheitliches Institut bilden, alle trennenden Unterschiede sollten beseitigt werden. Besonders deuten auf diesen Zweck hin die Schlußworte der angezogenen Stelle, es heißt da: „rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis".

Das Gegenteil wurde, soweit die gemeinrechtliche Literatur in Frage kommt, erreicht.

Vier Ansichten sind es, von denen jede die l. un. 7,31 zu ihren Gunsten auszulegen sucht:

1) Es ist keine Verschmelzung der usucapio mit der longi temporis praescriptio geschehen, noch beabsichtigt. (Hameaux).
2) Es ist eine Verschmelzung eingetreten in der Weise, daß die usucapio als Ersitzung nach Justinian zu gelten hat. (Vangerow, Savigny).
3) Eine Verschmelzung hat stattgefunden, aber die longi temporis praescriptio ist als herrschend anzusehen. (Brinz).
4) Bei der Verschmelzung ist kein Institut zur Herrschaft gelangt, jeder Unterschied ist von Justinian verworfen. Treten doch noch Verschiedenheiten auf, „so ist die Rechtsnorm als maßgebend anzusehen, welche dem Gesamtcharakter des Instituts und den allgemeinen Prinzipien des Rechts am meisten entspricht," (Dernburg, Grueber).

Was die Ansicht von Hameaux betrifft, daß eine Verschmelzung überhaupt nicht stattgefunden habe, so zeigt ein Blick auf die lex un. C. 7,31, daß diese Theorie völlig unhaltbar ist. Mit Sintenis[1]) dürfen wir hinweisen auf die Worte der lex: usucapionem transformandam censemus; ita ampliatur longi temporis materia; minuitur autem usuc. compendiosa nocentia.

Besonders aber Worten gegenüber, wie sie die lex beschließen: rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentis

[1]) Sintenis: Das Gem. Zivilrecht, S. 498,7.

sublatis noch zweifeln zu wollen, daß nach Justinians Ansicht eine völlige Gleichstellung beider Institute stattgefunden habe, geht durchaus nicht an.

So sind denn auch die Vertreter der drei anderen Ansichten wenigstens in dieser Beziehung einig. Im Einzelnen wird nun zunächst von v. Vangerow[1]) behauptet, die usucapio sei für die Justinianische Ersitzung als das herrschende Institut anzusehen und zwar beruft sich dieser Schriftsteller auf die Einleitung zur l. un C. 7,31 in den Institutionen. Pr. J. 2,6 heißt es nämlich: . . . . constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidam mobiles per triennium usucapiantur, immobiles vero per longi temporis possessionem . . . . . usucapiantur.

Diese Wiederholung der Worte „usucapiantur" stellen den Angelpunkt für die Behauptung v. Vangerows dar. Was wollen diese Worte aber anders besagen, als daß die longi temporis praescriptio, deren Geltendmachung bereits vor der lex un. C. 7,31 durch Justinian dieselbe Wirkung beigelegt war, wie der usucapio, nämlich Erwerb vollen Eigentums, hier noch ausdrücklich ihre diesbezügliche Bestätigung findet, m. a. W., daß Justinian glaubte, nicht praegnant genug die Gleichstellung beider Institute durch die zitierte lex un. in ihrer Wirkung betonen zu könnnen.

Ebensowenig Geltung aber glaube ich der Theorie von Brinz,[2]) die longi temporis praescriptio sei das herrschende Institut, beilegen zu müssen. Denn, wenn Brinz sich darauf beruft, daß die accessio possessionis, welche der longi temporis praescriptio eigentümlich war, sich jetzt auch bei dem neuen Institut findet, so halte ich es doch nicht für angängig, aus dieser einen Tatsache gerade den von Brinz gezogenen Schluß zu ziehen. Vielmehr, und damit kommen wir zu der von Dernburg[3]) und Grueber[4]) besonders vertretenen vierten Ansicht, scheint mir das nur ein neuer Beweis für die Behauptung dieser Schriftsteller zu sein, daß, da sich Justinian offenbar der noch bestehen bleibenden Verschiedenheiten in seinem Gesetze nicht bewußt geworden ist, sie vielmehr wie oben angedeutet, durchaus als beseitigt angesehen hat, wir mit Justinian sein Institut als etwas einheitliches, geschlossenes anzusehen haben, in dem sich das in der Erfahrung von Jahrhunderten Bewährte beider Teile vereinigt unter Ausscheidung bezw. Umwandelung dessen, was der oströmisch-modernen Zeit nicht mehr angemessen zu sein schien. Unter diesem Gesichtswinkel aber halte ich es mit Dernburg,[5]) Grueber[6]) u. a. m. für angebracht und zweckentsprechend, gewissermaßen, von Fall zu Fall zu entscheiden, „unter Würdigung aller Umstände, ohne prinzipiell dem Rechte der usucapio oder jenem der longi temporis praescriptio den Vorzug zu geben."

Und auch darin möchte ich mich Grueber anschließen, wenn er es für angemessen hält, etwaige Eigentümlichkeiten der longi temporis praescriptio, die sich hier noch vorfinden, aber noch aus der Zeit zu verstehen sind, in der longi temporis praescriptio noch bloße Einrede war, zu ignorieren in der begründeten Erwägung, daß wir es bei Justinian zweifellos doch mit einer Ersitzung zu tun haben.

Kommen wir nun nach dieser zur Charakterisierung unseres Standpunktes und damit im Interesse der folgenden Darstellung notwendigen Feststellung zu unserem eigentlichen Thema.

---

[1]) Band 1, S. 581. — [2]) Band 1, S. 603. — [3]) a. a. O., S. 119. — [4]) Eigentumsklage, S. 35. — [5]) a. a. O., S. 118. — [6]) a. a. O, S. 34.

Zwei Formen einer Hemmung des Fortgangs der Ersitzung des Eigentums finden sich übereinstimmend im Gemeinen Recht einerseits, im Bürgerlichen Gesetzbuch andrerseits:

1) Es kann der Fortgang der Ersitzung in der Weise gehemmt werden, daß mit dem Eintreten des Hemmungsgrundes diese Ersitzung als abgeschlossen zu betrachten ist, d. h., selbst, wenn der Hemmungsgrund späterhin fortfällt, kann nur eine in Bezug auf den Zeitablauf völlig neue Ersitzung beginnen. Man nennt das technisch: die Ersitzung wird unterbrochen.

Oder:

2) Es kann der Fortgang der Ersitzung in der Weise gehemmt werden, daß zwar mit dem Eintreten des Hemmungsgrundes und für die Zeit seiner Dauer die Ersitzung zu laufen aufhört, daß aber mit dessen Fortfall nicht wie oben eine neue Ersitzung einsetzt, sondern sich die ursprünglich begonnene und bis zu dem angegebenen Zeitpunkte fortgeführte Ersitzung fortsetzt derart, daß die bereits zu Gunsten des Ersitzenden abgelaufene Zeit auf die zur Erlangung des Eigentums durch Ersitzung überhaupt nötige Zeit angerechnet wird.

Diesen unter 2 angedeuteten Vorgang nennt man die Hemmung der Ersitzung im engeren Sinn oder das Ruhen der Ersitzung, praescriptio dormit.

Bei der Betrachtung der Frage, welches nun die Momente sind, die eine Hemmung des Fortgangs der Ersitzung der einen oder anderen Art zu bewirken fähig sind, sei es mir gestattet, zunächst die Gründe der Unterbrechung, als des in seinen Folgen einschneidender wirkenden Vorgangs, im Folgenden zu behandeln.

§ 2. Naturalis usurpatio.

Die wichtigste Voraussetzung jeder Ersitzung ist der Besitz, er ist so sehr ihre Bedingung, daß eine Ersitzung ohne dauernden Besitz nur in Ausnahmefällen gedacht werden kann.

Diese selbstverständliche Wahrheit fand ihren Ausdruck bei den Römern durch die Definition Ulpians (cf. 19,8), wonach die usucapio sei: eine domini adeptio per continnationem possessionis.

Der Verlust des Besitzes mithin mußte eine Ersitzung unmöglich machen, sie unterbrechen, da ja sine possessione usucapio contingere non potest (L. 25 D. 41,3).

Mit seltener Einhelligkeit bestätigt das Quellenmaterial, das, ursprünglich für die usucapio des Civilrechts geschrieben, in das Corpus iuris ebenso aufgenommen ist, wie das auf die longi temporis bezügliche, die Richtigkeit dieses Satzes. Gewinnen wir zunächst aus L. 2 D. 41,3 die Definition der usurpatio-interuptio usucapionis, so wird durch die L. 5 D. 41,3: Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deicitur vel alicui res eripitur . . . . klargestellt, daß in der Tat naturaliter durch Besitzverlust die Ersitzung unterbrochen wurde und daß dieser Effekt, was ja auch natürlich erscheint, schon durch die bloße Tatsache der Deiection eintreten konnte, sodaß weitere Voraussetzungen in Bezug auf die Berechtigung oder auch nur die bona fides des Deicienten nicht zur Bedingung gemacht wurden.

Wenn möglich noch deutlicher respondiert der Jurist Scaevola in der L. 5 D. 41,6: respondi eum de quo quaeritur omisisse videri possessionen et ideo usucapionem interruptam. cf. auch L. 15 D. 41,3.

Wenn man einem so klar redenden Material gegenüber jeden Zweifel in Bezug auf unsere Frage fallen lassen darf, so soll andererseits doch auch nicht geleugnet werden, daß es Ausnahmen von der bewiesenen Regel gibt, mit anderen Worten, daß unter Umständen selbst der Verlust des Besitzes, corpore aut animo, nicht geeignet ist, die Ersitzung zu unterbrechen; stets aber qualifizieren sich diese Ausnahmen als solche, womit alles gesagt ist.

So, um das nur kurz anzudeuten, ersitzt der Verpfänder, trotzdem er juristischen Besitz, animo et corpore, nicht hat, dennoch die zum Faustpfand gegebene Sache, deren Besitz corpore sich unzweifelhaft bei dem Pfandgläubiger befindet. cf. L. 16 D. 41,3; L. 1, § 15 D. 41,2.

Ebenso läuft, obgleich der Besitz nach Gemeinem Recht nicht vererblich ist, es vielmehr für den Erben im Gegensatz zum heutigen Recht einer besonderen Besitzergreifung bedarf, die Ersitzung beim Tode des Usukapienten solange fort, als sich nicht ein dritter in den Besitz der Ersitzungssache gesetzt hat. Vgl. L. 40, D. 41,3.

Von einem dritten, besonders umstrittenen Falle, dem des tiguum iunctum, werden wir Gelegenheit haben, des näheren in anderem Zusammenhange, bei der Hemmung der Ersitzung im engeren Sinn, zu reden. — Gestützt aber auf die Quellen und in Übereinstimmung mit allen namhaften Schriftstellern können wir zusammenfassend für die Ersitzung des römisch-gemeinen Rechts den Satz aufstellen:

Der Fortgang der Ersitzung des Eigentums wird unterbrechend gehemmt durch den Verlust des Besitzes der Ersitzungssache.

§ 3. Civilis usurpatio.

Als zweiter Anlaß für die Unterbrechung der Ersitzung wird in der gemeinrechtlichen Literatur genannt: die litis contestatio. (L. C.)

Schon hier werden wir Gelegenheit haben, uns auf den neutralen Standpunkt zu stellen, liegen hier doch, was die Bestandteile der Justinianischen Ersitzung, usucapio und longi temporis praescriptio, anbetrifft, grundverschiedene Resultate vor. Denn, wie es nicht zweifelhaft sein kann, daß die usucapio durch L. C. auch nicht relativ unterbrochen wird, ebenso sicher erscheint es mir mit Dernburg,[1] Windscheid[2] u. a. m. gegen hauptsächlich Brinz,[3] daß diese Wirkung durch L. C. bei der longi temporis praescriptio eintrat und daß sie sogar, wie ich mit Dernburg behaupten möchte, absolut war.

Dieser Standpunkt bedarf einer kurzen Beweisführung.

Was unsere Behauptung angeht, die usucapio werde durch L. C. nicht unterbrochen, so ist sie kaum von einer Seite bestritten. Allerdings schließt ja auch das Quellenmaterial jeden Einwand von vornherein aus. In Betracht kommen: L. 17 § 1 D. 6, 1: si post litem contestatam usucepit possessor. L. 18 h. A.: si post acceptum judicium usu hominem cepit. L. 20 h. A.: post acceptum judicium possessor usuceperit. Vgl. auch L. 2 § 21 D. 41,4.

Aus diesen Zitaten in Vergleichung mit Papinian[4] (cf. Vat. § 12): Frustra complebitur usucapio lite autecipata, ergibt sich einerseits deutlich, daß die L. C. einflußlos war auf den Fortgang der usucapio, andererseits beweisen die Fortsetzungen der genannten Stellen, daß eine Restitutionspflicht für

[1]) a. a. O., S. 127. — [2]) a. a. O., S. 821,7. — [3]) a. a. O., S. 600,5. — [4]) cf. Grueber a. a. O., S. 9.

den Usukapienten dem obsiegenden Kläger gegenüber bestand, selbst wenn die usucapio während des Prozesses vollendet wurde. Diese Pflicht läßt sich jedoch keineswegs im Sinne einer relativen Unterbrechung ausbeuten, es ist vielmehr nur eine Anerkennung stärkeren Rechts. —

Genau das Gegenteil ist bei der longi temporis praescriptio zu behaupten.

Es liegt nicht im Rahmen unserer Untersuchung, Stellung zu nehmen zu der Kontroverse, ob wir die longi temporis praescriptio als Klagenverjährung oder als Ersitzung anzusprechen haben, sicherlich ist sie in der späteren Zeit Ersitzung[1]) und es hat viel Wahrscheinlichkeit, daß sie von jeher als Surrogat der usucapio gegolten hat.

Wie dem auch sei, jedenfalls sprechen sich die Quellen m. E. in nicht mißzuverstehender Weise für eine Unterbrechung der longi temporis praescriptio durch L. C. aus. Es heißt darüber in L. 4 C. 7,35: si possessio sine controversia perseveraverit; in L. 10 C. 7, 32: interpellatione vero et controversia progressa . . . .; in L. 2 C. 3,19: lite . . . . ad interrum pendam longi temporis praescriptionem contestata. Vgl. ferner L. 1 C. 7,33; L. 26 C. 3,32.

Finden wir so einerseits, daß bei der usucapio eine besondere Restitutionspflicht zugunsten des Klägers ausdrücklich festgesetzt ist, haben wir andererseits bei der longi temporis praescriptio nicht nur kein Analogon, sondern vielmehr noch die ausdrückliche Bestimmung, daß sie durch L. C. unterbrochen wird, so müssen wir auch m. E. das Argument, das Brinz[2]) aus den letzten Worten der L. 26 C. 3.32 ableiten will dafür, daß die longi temporis praescriptio der usucapio in bezug auf die Unterbrechung gleichstehe, als nicht stichhaltig ablehnen. Denn wenn es am Ausgang der zitierten Stelle heißt, die Wirkung der longi temporis praescriptio wird in praeteritum, d. h. auf den Zeitpunkt der L. C. aestimiert, so kann das m. E. nur dahin verstanden werden, daß sich allerdings der zu einer Ersitzung der betreffenden Sache nötige Zeitablauf, wie bei der usucapio, zunächst vollenden kann. Während aber diese Vollendung bei der usucapio Eigentum verschaffte, das nur dem berechtigten Kläger gegenüber nicht wirksam geltend gemacht werden konnte,[3]) kann trotz des Zeitablaufs infolge der hier unterbrechend wirkenden L. C. die longi temporis praescriptio von diesem Zeitpunkte an nicht einmal gegen Dritte geltend gemacht werden.

Diese letzte Behauptung über die absolute Wirkung der L. C. bei der longi temporis praescriptio, welche ich mit Dernburg aufstellen möchte, wird noch unterstützt zunächst durch die L. 4 C. 7,35, in der eine possessio inconcussa sine controversia verlangt wird, in Verbindung mit der L. 10 C. 7,32: .... eum non posse intelligi possessorem, qui, licet, corpore, teneat, tamen ex interposita contestatione et causa in judicium de ducta super iure possessionis vacillet ac dubitet.

Aus dieser Stelle scheint mir klar hervorzugehen, daß die L. C. eine controversia possessionis darstellt, die in ihren Wirkungen einer Deiection nahezu gleichkommt: eum non posse intelligi possessorem.

Halten wir uns nun noch vor Augen, daß ja nach Gemeinem Rechte der Besitz verloren ging animo aut corpore, so können wir jetzt m. E. sehr

[1]) cf. Brinz a. a. O., S. 598; cf. Grueber a. a. O., S. 10. — [2]) a. a. O., S. 603. — [3]) cf. Grueber a. a. O., S. 20—21.

gut gegen Brinz[1]) das Prinzip der Wirkung einer L. C. inter partes mit der absoluten Unterbrechung der longi temporis praescriptio durch L. C. vereinigen. Denn, wenn es gewiß ist, daß die L. C. nur inter partes wirkt, so scheint es mir auf der anderen Seite nach dem eben Ausgeführten erwiesen zu sein, daß die L. C. auch eine Besitzstörung darstellen kann, als solche aber muß sie die Ersitzung, die ja nach Brinz selbst „unbestimmt gegen Alle geht" für jeden Dritten ebenso unterbrechen, als überhaupt von einer Unterbrechung durch Besitzverlust geredet werden kann.

Und endlich scheint mir mit Windscheid[2]) der in L. 1 C 7,33 vorgetragene Satz, daß die L. C. die Ersitzung nicht nur für diesen Prozeß unterbreche, ausschlaggebend zu sein für die Entscheidung der Frage in unserem Sinne: L 1 C. 7,33:

Cum post motam et omissam quaestionem res ad nova dominia bona fide transierint et exinde novi viginti anni intercesserint sine interpellatione, non est inquietanda quae nunc possidet persona, quae sicut accessione prioris domini non utitur, qui est inquietatus ita nec impedienda est, quod ei mota controversia sit. Quodsi prior possessor inquietatus est, etsi postea per longum tempus remansit in possessione sine aliqua interpellatione, tamen non potest uti longi temporis praescriptione. Quod etiam in re publica servari oportet.

So stehen wir vor der Tatsache, daß ein Anderes bestimmt ist für die usucapio, ein Anderes für die longi temporis praescriptio, und nun tritt an uns die Frage heran, was wird für das Justinianische Recht zu gelten haben?

Getreu unserem neutralen, im § 1 gekennzeichneten Standpunkte, scheiden wir zunächst diejenigen Schriftsteller aus, welche einseitig entweder die usucapio oder die longi temporis praescriptio als das Institut Justinians betrachten, da deren Entscheidung ja weiter nicht zweifelhaft sein kann. Aber selbst unter den Vertretern der Vereinigungstheorien finden wir hier scharfe Gegensätze.

So behaupten auf der einen Seite Dernburg, Windscheid, Stephan, Wächter: Die Ersitzung wird schon durch Erhebung der Eigentumsklage ausgeschlossen bezw. unterbrochen, auf der anderen Seite bestreiten das ebenso energisch Grueber und Arndts. Endlich ist aber auch noch in der ersten Partei ein Unterschied in der Auffassung Dernburgs und Windscheids zu konstatieren, insofern, als Letzterer für absolute, Ersterer für relative Unterbrechung durch Klageerhebung eintritt.

Zunächst wendet sich Grueber[3]) gegen eine relative Unterbrechung, weil er nicht zugeben könne, daß eine Klage des Usukapienten dem Eigentümer gegenüber versagen, Dritten gegenüber aber wirksam sein könne, es werde dadurch ein relatives und ein absolutes Eigentum einander gegenüber gestellt, das aber verstoße gegen den Satz: Duorum in solidum dominium esse non potest.

Diese Begründung schießt m. E. über das Ziel hinaus, denn, wenn wir insofern mit Grueber übereinstimmen, daß auch wir eine nur relative Unterbrechung einer Erwerbsart gegenüber, die absolutes Recht verschafft, nicht für gegeben erachten, so läßt sich doch gegen Gruebers Argumentation einwenden, daß wir in der actio Publiciana in rem, welche Usukapionsbesitz fingiert, das Beispiel einer Klage haben, welche von einem Schlechtberechtigten gegen

[1]) a. a. O., S. 638. — [2]) a. a. O., S. 821. — [3]) a. a. O., S. 37, 38.

den Eigentümer geltend gemacht, versagt, gegen einen noch schlechter Berechtigten jedoch durchdringt.

Gegen eine absolute Unterbrechung dagegen wendet derselbe Schriftsteller ein, die L. C. sei wegen ihrer beschränkten Wirkung inter partes hierzu nicht geeignet. Bereits bei der Besprechung dieses Einwands gegenüber der longi temporis praescriptio habe ich diese Auffassung eingehend zu wiederlegen gesucht, ich darf daher darauf verweisen.

Gruebers Gründe scheinen mir daher ebensowenig stichhaltig, wie seine Seite 38 seiner Schrift mit Arndts[1]) aufgeworfene Frage. Er setzt dort den Fall: Der Eigentümer habe gegen den Usukapienten geklagt, habe dann aber aus irgend welchen Gründen den Prozeß fallen gelassen. Darauf erwerbe, nachdem Usukapient seinerseits den Besitz verloren habe, gutgläubig ein Dritter die Sache. Daß hier nun der Dritte sich gegenüber dem klagenden Usukapienten auf die Unterbrechung der Ersitzung durch die Klage des Eigentümers berufen könne, scheint ihm zu „ganz unangemessenen" Resultaten zu führen. Windscheid[2]) dagegen, dessen Ansicht ich durchaus zu der meinigen machen möchte, trägt kein Bedenken, dieses Recht dem Dritten zuzubilligen, ohne daß das Resultat darum wirklich unangemessen erscheine.

Mit anderen Worten, Grueber leugnet eine Unterbrechung der Ersitzung durch Klageerhebung durchaus.

Demgegenüber spricht denn doch m. E. zu deutlich für die gegnerische Ansicht die L. 2 C. 7,40 . . . . . sancimus, si quando afuerit is, qui res alienas vel creditori obnoxias detinet et desiderat dominus rei vel creditor suam intentionem proponere et non ei licentia sit, absente suo adversario, qui rem detinet vel infantia vel furore laborante et neminem tutorem vel curatorem habente, vel in magua potestate constituto, licentia ei detur adire praesidem vel libellum porrigere et hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora et interruptionem temporis facere: et hoc sufficere ad plenissimam interruptionem . . . . . et hoc sufficiere ad omnem temporalem interruptionem sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit. . . .

Hier heißt es, daß schon eine Protestation zur Unterbrechung dann genüge, wenn eine Klage gegen den Besitzer wegen dessen Abwesenheit beispielsweise nicht möglich sei.

Dieser lex, der Grueber dadurch auszuweichen sucht, daß er ihr eine exceptionelle, nur für die in ihr angeführten Fälle geltende Bedeutung beimessen möchte, ist m. E. mit Windscheid, Dernburg u. a. m. eine erhöhte Bedeutung zuzuerkennen.

Denn, wenn es sicher ist, und das wird nicht bestritten, daß eine Protestation der Klageerhebung gleichstehe, so darf man Stephan[3]) zustimmen, wenn er sagt, daß „durch die Regel singuläre Bestimmungen strikt auszulegen, durchaus nicht der Schluß berührt wird von der Wirksamkeit des subsidiären Rechtsmittel auf die Wirksamkeit dessen, welches dadurch ersetzt werden soll, m. a. W., was der Protestation recht ist, muß der Klageerhebung umsomehr billig sein, als Justinian mit den Worten: et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem . . . hier ausdrücklich die Ersitzung jeder anderen Verjährung gleichstellt.[4])

[1]) Pand. 1, S. 290. — [2]) a. a. O., S. 823,8. — [3]) Arch. Bd. 34, S. 192. — [4]) cf. auch Windscheid, S. 822.

Ist nun der Klageerhebung mit Dernburg relative oder mit Windscheid absolute Wirkung beizumessen?

Dadurch, daß ich bereits oben mit Windscheid gegen Grueber die von letzterem aufgeworfene Frage bejaht habe, habe ich mich schon für absolute Unterbrechung entschieden und ich kann Dernburg nicht beipflichten, wenn er das Gegenteil für „innerlich gerechtfertigt" hält. Ich kann es, wie ich bereits bei anderer Gelegenheit betont habe, durchaus nicht als „innerlich gerechtfertigt" ansehen, daß bei einer Erwerbsart, welche absolutes, gegen alle wirkendes Recht verschafft, eine nur relative Unterbrechung Platz greifen soll; allerdings will ich schon hier vorausschicken, daß ja diese Auffassung Dernburgs eine Stütze in unserem Bürgerlichen Gesetzbuch findet, ohne daß sie jedoch darum einleuchtender erschiene. Über diesen Punkt und die hierdurch geschaffene Unklarheit im heutigen Recht werden wir uns an geeigneter Stelle in Teil II unserer Untersuchung des näheren auszulassen haben. —

Um wieder auf unsere Frage zurückzukommen, ich möchte auch dem widersprechen, daß Dernburgs[1]) Ansicht „nach Lage des Quellenmaterials" gerechtfertigt sei, denn wenn unser Schriftsteller die Aufnahme der Stellen über die usucapio in die Justinianische Kompilation als Argument für eine nur relative Unterbrechung anführt, so läßt sich dem entgegenhalten, daß man das gleiche von der longi temporis praescriptio behaupten könnte, auch sie ist in die Kompilation aufgenommen und nichts spricht dafür, sie, die jüngere, mithin modernere Erscheinungsform als minderen Rechts anzusehen, ganz abgesehen auch davon, daß bei der Justinianischen Ersitzung nirgendwo von einer Prozeßobligation des unterlegenen Usukapienten gegenüber dem obsiegenden Kläger die Rede ist, was bei der Wichtigkeit dieses Moments sicherlich nicht vermieden worden wäre.

Somit aber können wir als Resultat unserer Untersuchung feststellen: Zweitens wird der Fortgang der Ersitzung des Eigentums im Justinianischen Recht unterbrechend gehemmt durch die Erhebung des Eigentumsanspruchs durch den Berechtigten.

Daß auch den Surrogaten der Eigentumsklage, soweit sie für eine Unterbrechung der Ersitzung in Frage kommen können, diese Wirkung zuzuerkennen ist, bedarf keiner besonderen Erörterung.

§ 4. Mala fides superveniens.

Ein neuer Unterbrechungsgrund, die mala fides superveniens, wurde durch das Kanonische Recht für die gemeinrechtliche Lehre geschaffen mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß seine Geltung nicht auf das kirchliche Recht beschränkt, sondern auch für das Bürgerliche Recht maßgebend sein sollte.

Diese letztere Bestimmung: ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica, quam civilis . . . war nichts weniger wie überflüssig gegenüber dem Römischen Recht, das bona fides nur zu Beginn der Ersitzung forderte,[2]) eine im Laufe der Ersitzung sich einstellende mala fides ausdrücklich aber für belanglos erklärte, so besonders noch Justinian in der lex un. § 3 C. 7,31: non interrumpatur alienae rei scientia. Interessant ist, daß auch das Kanonische Recht sich erst ganz allmählich zu der Aufstellung der mala fides superveniens als Unterbrechungsgrund durchgerungen hat, noch Gratians Lehre deckt sich durchaus mit den römischen Prinzipien, wie aus C. 16 qu. 3 pars

[1]) a. a. O., S. 127,7. — [2]) cf. v. Bangerow Pand., S. 605.

VIII § 1 hervorgeht: . . . Sufficit enim in initio cuique bona fide possidere cepisse, etiamsi medio tempore conscientiam rei alienae habuerit.

Es liegt auf der Hand, daß die Neuerung des Kanonischen Rechts cap. 20 X de praescr. 2,26: „Unde oportet ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habet conscientiam alienae", eine Neuerung welche sich auch, wie später zu erörtern sein wird, das jüngste Recht zu eigen gemacht hat, dem modernen Rechtsgefühl sympathischer ist, als die starre Bestimmung Justinians.

Hier mag noch kurz darauf hingewiesen werden, daß der Begriff der Unterbrechung in dem bisher erörterten Sinne bei der mala fides superveniens darum nicht ganz treffend erscheint, weil hier, im Gegensatz zu den anderen Arten der Unterbrechung, nur in ganz seltenen Ausnahmefällen eine neue Ersitzung fernerhin wird statthaben können, nähme man das Gegenteil, d. h. die Regel, wie oben an, so würde das der Natur der mala fides widerstreiten.

B. Die Hemmung im engeren Sinn.

§ 5. Überblick.

Machte das Gemeine Recht in der Hauptsache die unterbrechende Hemmung des Fortgangs der Ersitzung vom ungestörten Besitz des Ersitzenden abhängig, legte es also mit anderen Worten vorzüglich Wert auf ein Erfordernis in der Person des Gewinnenden, so werden wir umgekehrt für den Fall der Hemmung im engeren Sinn vielfach unser Augenmerk zu richten haben auf Erfordernisse in der Person des Verlierenden.

Als leitenden Gedanken darf man hier bezeichnen: Die Hemmung des Fortgangs der Ersitzung im engeren Sinn wird bedingt durch die Hemmung der Verjährung des Eigentumsanspruchs.[1] Nicht als ob die Verjährung des Eigentumsanspruchs mit der Ersitzung zusammenfiele, es ist vielmehr der Fall sehr gut denkbar, daß ein Eigentümer seinen Anspruch durch Verjährung verliert, daß aber der augenblickliche Besitzer der Sache diese nicht ersessen hat.

Ferner darf die Rücksicht auf eine Behinderung des Eigentümers an seiner Klage nicht soweit ausgedehnt werden, daß jede, wenn auch unverschuldete Hinderung, geltend gemacht werden könnte, bestimmt doch schon die l. 12 § 3 C. 7,33 für einen im täglichen Leben außerordentlich häufigen Fall einschränkend, daß von einer Berücksichtigung des Kennens oder Nichtkennens des Anspruchs wegen beispielsweise der Gefahr neuer Verwirrung nicht die Rede sein kann: nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio.

Ehe wir nun des weiteren an eine Aufzählung der einzelnen Hemmungsgründe gehen können, müssen wir weiter noch vorausschicken:

1) es müssen, wenn es zur Hemmung des Fortgangs der Ersitzung kommen soll, Sachen vorhanden sein, bei denen eine Ersitzung bereits zu laufen begonnen hat, sich aber nicht fortsetzen kann, weil die Sache einer der „Personen, Eigenschaften, Unvindizierbarkeiten"[2] zugefallen ist, bei denen eine Ersitzung ausgeschlossen ist. Ferner

[1] Vgl. Engelmann, S. 528. — [2] Brinz, a. a. O., S. 605.

2) daß sich dieser Übergang ohne Besitzverlust für den Ersitzenden vollzogen hat, und
3) daß dieser Wandel im Besitzstand ein nur vorübergehender ist.

Wir werden dabei mit Brinz[1]) zu denken haben an Sachen, „welche bisher in Ersitzung befindlich, nunmehr durch Erbgang, Vermächtnis, Adjudikation, kurz eine besitzentratende Erwerbsart in das Eigentum von Pupillen oder Hauskindern fallen, aus dem Nachlasse des Disponenten vermacht, oder durch ein Justitium unvindizierbar sind." —

Kommen wir nun endlich zu den Hemmungsgründen selbst, so finden sich da im einzelnen aufgezählt:

a. die Zeit der Minderjährigkeit des Eigentümers,
b. Dauer der väterlichen Gewalt über das Hauskind hinsichtlich des peculium adventitium regulare,
c. nicht ganz treffend, die Zeit der Ehe bei einer Ersitzung gegen die Frau,
d. der Fall, wo ein Erbe mit der Rechtswohltat des Inventars angetreten hat: während der für Errichtung des Inventars ihm gewährten Frist darf er nicht in Anspruch genommen werden,
e. der Fall eines dem Schuldner gewährten moratoriums,
f. das tempus hostilitatis,
g. der sehr umstrittene Fall des tignum iunctum.

Hiervon werden einer näheren Besprechung nur zu unterziehen sein: die Zeit der Minderjährigkeit, das tempus hostilitatis und das tignum iunctum, während die anderen Fälle, zumal da bezüglich ihrer keine Meinungsverschiedenheiten obwalten, sich durch einen Hinweis auf ihre Quellenbelege an geeigneter Stelle ohne Einbuße an Genauigkeit werden erledigen lassen.

§ 6. a. **Die Minderjährigkeit als Hemmungsgrund.**

Wie bereits oben angedeutet, wird die Ersitzung solange gehemmt, als derjenige, gegen den sie läuft, seine Rechte nicht geltend machen kann, der Hauptfall dieser Art ist die Zeit der Minderjährigkeit. Auch hier werden wir wiederum Gelegenheit haben, den neutralen Standpunkt einzunehmen, wenn wir hier auch nicht eine Vereinigung der beiden Institute, usucapio und longi temporis praescriptio, in einer dritten, beide umfassenden Form vorfinden werden, sondern uns mit Windscheid, Dernburg u. a. m. gegen besonders v. Vangerow[2]) für Geltung des Rechts der longi temporis praescriptio zu entscheiden haben werden. In Konsequenz nämlich seiner Anschauung, wie seiner Auslegung der lex un C. 7,31, nach welcher die usucapio das herrschende Institut nach Justinian sein soll, nimmt v. Vangerow nun auch das Recht der usucapio im vorliegenden Falle für sich in Anspruch, d. h. m. a. W., da gegen die usucapio nicht einmal die Impubertät schützte, wie übereinstimmend und im Einklang mit dem Quellenmaterial zugegeben wird (cf. L. 2 D. 27,5; L. 4 § 24 D. 44,4; L. 4 § 11 D. 41,3 u. a. m.), so solle auch im Justinianischen Recht nicht einmal Impubertät, auf keinen Fall also Minderjährigkeit im eigentlichen Sinne schützen. —

Vangerows Ansicht steht und fällt mit seiner Auslegung des zitierten Gesetzes, sodaß sich eine eingehende Bekämpfung mit Rücksicht auf das § 1 Gesagte hier erübrigt.

[1]) a. a. O., S. 639. — [2]) a. a. O., S. 583.

Ebenso unbestritten ist in der Literatur, daß, im Gegensatz zu der usucapio die Zeit der Minderjährigkeit in die longi temporis praescriptio nicht eingerechnet wird, vergl. L. 3 C. 7,35: non est incognitum id temporis, quod in minore aetate transmissum est, in longi temporis praescriptione non computari. — Wenn nun die Vertreter der longi temporis praescriptio, als des in Justinians Recht geltenden Instituts, dieses Recht hier angewendet wissen wollen, so stimmen wir im Resultat mit ihnen überein, nicht aber, weil wir ihre Prämissen anerkennten, sondern mit vielen namhaften Schriftstellern auf Grund der L. 5 C. 2,40: Sancimus favore imperfectae aetatis exceptionen non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere . . . .

Dieser Eingang der angezogenen lex hat Vangerow Anlaß gegeben, sich auf die Behauptung zu versteifen, Justinian habe hier an eine Klagenverjährung gedacht, das gehe aus dem Zweck des Gesetzes, exceptio non numeratae pecuniae, hervor. Demgegenüber glaube ich umsomehr mit Stephan[1]) auf die folgenden Worte derselben lex: sed humanius est, latius eandem legis interpretationem extendere in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere temporales minores concesserant, verweisen zu dürfen, als Vangerow selbst zugibt, daß man unter den temporales praescriptiones auch die Ersitzung verstehen könne, was mir mit Windscheid, Dernburg, Stephan keinen Zweifel zu leiden scheint. Findet endlich die Aufnahme der c. un. C. si adversus usucapionem 2,35/36 in dem Kodex: Contra eos, qui res minorum tenent si usucapione dominium adquisierunt, restitutionis auxilium eis decerni debet, welche Stelle Vangerow zur Stütze seiner Ansicht für „ganz entscheidend" hält, ihren Grund in der „praktischen Bedeutung[2]) für diejenigen Fälle, in welchen schon vor Erlassung der (oben zitierten) lex 5 C. 2,40 die usucapio einer res minorum abgelaufen war und diesen Personen mithin nur noch das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen helfen konnte", so dürfen wir gegen Vangerow und mit Windscheid, Dernburg die Hemmung des Fortgangs der Ersitzung gegen minderjährige Eigentümer während der Zeit des Zustandes der Minderjährigkeit als bewiesen ansehen.

Hier mögen die Quellenbelege für diejenigen Hemmungsgründe folgen, welche wir aus den schon mitgeteilten Gründen einer näheren Besprechung nicht zu unterziehen gedenken.

b. Dauer der väterlichen Gewalt hinsichtlich des peculium adventitium regulare.

L. 1 § 2 C. 7,40: nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere possunt id est postquam manu paterna vel eius, cuius in potestate erant constituti, fuerint liberati. Vgl. auch L. 1 C. 6,60 in fine: quia nullam poterit praescriptionem opponere filiis quandoque rem suam vindicantibus und L. 4 C. 6,61. non prohibendis isdem liberis quandoque minores fuerint nulla temporali praescriptione obsistente easdem res omnibus modis vindicare.

c. Bei Dotalsachen.

L. 30 C. 5,13: non enim, quod legum subtilitate transitus earum in matrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa sit

[1]) a. a. O., S. 379. — [2]) Stephan, Archiv, Bd. 34, S. 380.

. . . . . omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta . . . . . sive ex alio quocumque tempore maiore vel minore introducta, ea mulieribus ex eo opponatur, ex quo possint actiones movere . . . . . Diese Stelle ist schon darum beachtenswert, als hier dem Eigentümer nicht die Zeit angerechnet wird, welche verflossen war, ehe er Eigentümer war. Vgl. hierzu Windscheid a. a. O. S. 828/13.

d. Spatium deliberandi.

L. 22 § 11 C. 6,30. sed sit hoc spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum, nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem praescriptionen praeiudicio generando.

e. Zeit eines moratoriums.

L. 8 cf. C. 7,71: nullo praeiudicio creditorum cuidam ex quinquennii dilatione circa temporalem praescriptiorem generando.

Die beiden zuletzt angezogenen Stellen kommen hauptsächlich in sofern in Betracht, als sie geeignet sind, das Hinausschieben der Vollendung der Ersitzung und damit die Hemmung ihres Fortgangs auf eine gewisse Zeit zu bezeugen, dann aber insofern, als sich aus ihnen ein Schluß auf die Hemmung der Klage des Gläubigers bezw. des Erben ziehen läßt.

§ 7 Tempus hostilitatis.

Während sich im Justinianischen Recht kein Nachweis findet, daß die Zeit einer hostilitas auf die Hemmung des Eigentumsanspruchs und damit indirekt auf die der Ersitzung irgend welchen Einfluß gehabt habe, weist Marezoll,[1]) den wir hier im Wesentlichen folgen, nach, daß vor dieser Zeit sich ein Hinweis auf eine, allerdings nur transitorische Wirkung der gedachten Art findet, deren Kennzeichnung mehr des historischen Interesses halber hier Platz finden möge. Diese Ausnahme handelt von der Hemmung der Verjährung während des Kampfes mit den Vandalen, sie ist enthalten[2]) in der Nov. Val. III de episc. iudic. § 42: exceptis Afrorum negotiis qui, si probaverint necessitatem Vandalicam pertulisse, ut de eorum causis illa tempora praefixo triennio subtrahantur, quae claruerit sub hostilitate consumta.

Bei dem transitorischen Charakter der Novelle aber hat diese Bestimmung weitere Kreise nicht gezogen. Immerhin kann man sie als einen Vorläufer des Kanonischen Rechts betrachten, das dem tempus hostilitatis hemmende Wirkung beilegte, allerdings nur privilegienweise für die Kirche, was wir nach dem zwingenden Beweise Marezolls[3]) hierfür annehmen müssen.

Zunächst muß man diesem Gelehrten unbedingt zustimmen, wenn er sich gegen die zu seiner Zeit herrschende Meinung wendet, daß mit dem tempus hostilitatis schlechtweg Kriegszeit gemeint sei. Es wäre sicherlich eine schwer oder gar nicht zu rechtfertigende Vorschrift, wenn zu einer Zeit, in der das Heer des Staates in einem vielleicht durch Länder und Meere geschiedenen

[1]) Z. J. f. C. u. Pr., Bd. 8, S. 275 ff. — [2]) cf. ebenda. — [3]) a. a. O., S. 277.

Gebiete Krieg führt, im Heimatland, das mit dem Kriege gar nicht in Berührung kommt, die Verjährung gehemmt sein sollte. In der Tat reden denn auch die neueren Pandektenlehrbücher, (Windscheid, Dernburg) angemessener von feindlichem „Einbruch". Wie hier, so sind diese letztgenannten Schriftsteller, denen sich noch Brinz anschließt, mit Marezoll[1]) m. E. mit Recht auch darin einig, daß das tempus hostilitatis eine Sistierung der Verjährung bewirkt, nicht, wie man hat behaupten wollen, die Grundlage gibt für eine in integrum restitutio. Ueberzeugend weist Marezoll darauf hin, daß, wenn einerseits einzelne Fälle sich vorfinden, in denen sich tempore hostilitatis die Verjährung vollendet, andererseits ein „allgemeines Prinzip für Fälle künftiger Art" aufgestellt ist:

Temporis non currit praescriptio, ubi furor hostilitatis incumbit, und non erit obicienda praescriptio; praescriptione hostilitatis tempore non currente.

Demgegenüber darf man nicht darauf hinweisen, daß ja gewisse Stellen des Kanonischen Rechts so: Can. 13 Caus. XVI Qu. 3 eius privilegio restitueretur und Cap. 10 X 2,26 restitui faciatis deutlich von einer Restitution reden, vielmehr wird man sich Marezoll wiederum anschließen müssen, dessen Erklärung: jene Stellen bezögen sich auf die „Zurückgabe der widerrechtlich, während der militaris hostilitas, entzogenen Güter und Gerechtsame", einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für sich hat.

Endlich wird man, so wenig sich unser Rechtsgefühl mit dieser Tatsache abzufinden vermag, sich dem Gewicht der Gründe unseres Schriftstellers beugen müssen, wenn er die Hemmung tempore hostilitatis als Privileg der Kirchen ausspricht. Denn, wenn eine Verallgemeinerung dieses Prinzips, eine Geltung für Alle beabsichtigt war, so muß es uns in der Tat befremden, 1) daß sich absolut kein Hinweis auf eine solche Absicht findet, 2) daß trotz Ableitung eines allgemeinen Prinzips nur von Klagen gesprochen wird, die der Kirche zustehen, 3) daß von demjenigen, gegen den eine Klage geht, ausdrücklich gesagt ist, es sei gleichgültig, ob dieser Gegner eine Kirche sei oder irgend ein Privatmann: sive in cuiuslibet possessionem transfusa sit, während umgekehrt sich ein solcher Hinweis auf die Person, für welche die Hemmung eintritt, nicht vorfindet. Das aber wird umso auffälliger erscheinen, wenn man als Gegensatz hierzu die ausdrückliche Bestimmung des Kanonischen Rechts bei der mala fides superveniens betrachtet, hier wird ganz besonders noch betont, daß die Neuerung Kanonischen Rechts auch dem Bürgerlichen Recht eigentümlich werden solle: tam civilis quam canonica. So wenig also das Prinzip der Hemmung tempore hostilitatis als solches aus allgemeinen Gründen angemessen erscheint, so sicher scheint mir dessen Vorhandensein, es mag eine befriedigende Erklärung vielleicht finden in der so überaus exzeptionellen Stellung der mittelalterlichen Kirche. Mit einer kleinen Abschweifung mag zum Schluß, ebenfalls mehr des historischen Interesses halber, noch eine Bestimmung des jüngsten Reichstagsabschiedes von 1654 Platz finden, die, ein Analogon jener eingangs erwähnten Novella und ebenso transitorischer Natur, wie diese, mir ein weiterer Beweis im Sinne Marezolls erscheint und zwar darum, weil beim Vorhandensein einer Bestimmung gleichen Inhalts diese neue sich gewiß erübrigt hätte und auch als überflüssig erkannt wäre. In § 172 des erwähnten Abschiedes heißt es nämlich: „So viel

[1]) a. a. O., S. 284.

nun die Capitalia anlanget, sollen erstlich an dieselben einem jeden Creditori unversehrt und ohne einige Abkürzung richtig verbleiben, und hier weder keine Praescription oder Verjährung wegen der bei währendem Kriege unterlassenen Forderung der Zinsen oder Kapital angezogen noch gelten; jedoch für andere von den Creditoribus die sonsten aufgekündigten Capitalia vor 3 Jahren a dato dieses Reichstages nit aufgekündiget werden."

Daß hier der Zustand so kurz nach dem Religionskriege der Vater des Gedankens war, bedarf keiner Erörterung und ist auch Erklärung genug für die bereits betonte transitorische Natur dieser Bestimmung.

§ 8. Das tignum iunctum.

Endlich soll nach der herrschenden Meinung auch der Fall des Einbauens von Materialien in ein Haus eine Hemmung des Fortgangs der Ersitzung zur Folge haben auf Grund der L. 7 § 10 D. 41,1, nach welcher die Vindikation eines tignum iunctum verboten, mithin, so folgert man, die Eigentumsklage gehemmt ist. Diese Ansicht hat auf den ersten Blick viel wahrscheinliches für sich, denn: agere non valenti non currit praescriptio.

Läßt sich aber nachweisen, daß die Hemmung der Klage nur eine scheinbare, m. a. W., daß trotz des Vindikationsverbotes, dennoch der Eigentümer an einer ihn befriedigenden Klage nicht gehindert ist, so fällt damit der zitierte Satz als unangebracht fort und die Folge ist, daß mangels einer Hinderung der Klage des Eigentümers auch die Ersitzung nicht gehemmt ist.

Beim Versuche einer Lösung in diesem Sinne tauchen zunächst zwei zu beantwortende Fragen auf.

Nehmen wir an, der A. habe ein tignum des B. im Ersitzungsbesitze und verbaue dieses nun in ein schon vorher von ihm besessenes Gebäude, so ist 1) die Frage, ist der B. in der Geltendmachung der Klage solange beschränkt, als die Verbindung zwischen Gebäude und tignum dauert, und 2) wenn das nicht der Fall sein sollte, ist dann nicht auch ohnedies die Ersitzung des tignum unterbrechend gehemmt für die Zeit der Dauer der Verbindung und zwar durch Besitzverlust?

Wenn auch die Vindikation verbauten Eigentums laut positiver Gesetzesbestimmung ausgeschlossen ist, mithin man in diesem Sinn von einer Hemmung der Eigentumsklage reden könnte, so dürfen wir andrerseits aber mit Windscheid[1]) die actio de tigno iuncto als völlig ausreichenden Ersatz ansehen, denn durch sie erhält der eventuelle Vindikationsberechtigte das Doppelte von dem, was er zu verlangen hat, und man darf wohl annehmen, daß nicht etwa der verbaute Balken um seiner selbst willen vindiziert würde, wenn das angängig wäre, sondern ausschließlich des Geldwertes halber, den er repräsentiert.

Somit kann hier von einer Behinderung an einer den Eigentümer befriedigenden Klage nicht die Rede sein, die Voraussetzung für die Hemmung der Ersitzung fällt, die Ersitzung muß, wenn ihr nicht andere Hindernisse entgegenstehen, fortgehen.

Es ist streitig, ob ein Besitzverlust eintritt, wenn ich eine von mir vorher besessene bewegliche Sache mit einer anderen, von mir ebenfalls besessenen unbeweglichen Sache verbinde. Wenn Vangerow[2]) bei der Behandlung dieser

[1]) a. a. O., S. 828,13. — [2]) a. a. O., S. 370.

Frage etwa ausführt: Bei Verbindung zweier Sachen, die ich im Besitz habe, geht der Besitz nicht corpore unter, er geht aber auch nicht animo unter, weil dazu nicht hinreicht, daß der animus possidendi verloren geht, sondern ein besonderer animus non possidendi erforderlich ist, so möchte ich seine erste Folgerung bedingt zugeben, die letztere aber bestreiten. Denn man wird mit Schuhmacher[1]) dem entgegenhalten dürfen, daß sicherlich ein animus possidendi, der die Sache als Einzelsache auch in ihrer Bestandteilsqualität begriffe, nicht mehr vorhanden ist, man wird vielmehr wohl behaupten dürfen, daß gerade in der Tatsache der Verbindung konkludent der animus non possidendi des Verbindenden sich ausdrückt; sein animus possidendi ist jetzt lediglich auf das Ganze gerichtet, das ihm eben nur darum als das Ganze erscheinen kann, weil keiner der Teile, so sehr sie zum Begriffe des Ganzen gehören, als Teil, als Einzelsache noch hervortritt. Diese Auffassung, daß man ein Ganzes nur als solches, nicht aber in seinen Teilen besitzt, wird bestätigt durch L. 23 pr. D. 41,3: Eum qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas aedes non possidebit; separatis enim corporibus ex quibus aedes constant universitas aedium intellegi non poterit. Ferner in gleichem Sinne: L. 23 § 7 D. 6,1: Item si quis ex alienis cementis in solo suo aedificaverit, domum quidem vindicare poterit, cementa autem resoluta prior dominus vindicabit, etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit aedificium postquam a bonae fidei emptore possessum sit: nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat und: L. 7 § 11 D. 41,1: Illud recte quaeritur, au si id aedificium vendideris, is qui aedificaverit et ab emptore longo tempore captum, postea dirutum sit, adhuc dominus materiae vindicationem eius habeat causa dubitationis est an eo ipso quo universitas aedificii longo tempore capta est, singulae quoque res ex quibus constabat captae essent; quod non placuit. Nichts aber berechtigt uns, wie es versucht ist, bei dem in den angezogenen Stellen so deutlich angegebenen Gedankengange der Juristen, ihrer Entscheidung die Rücksicht auf die tignenqualität der cementa etc. zu unterlegen.

Wie der besondere Besitz an Teilen einer Sache, eines Ganzen, in der L. 23 cit. für unmöglich erklärt wird, so noch besonders die Ersitzung hieran: accedit eo quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit, dicat possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se esse capturum ampliori: quod absurdum et minime iuri civili conveniens est, ut una res ex diversis temporibus capiatur ut potius, cum aedes ex duabus rebus constant ex solo et superficie universitas earum possessi one temporis immobilium rerum dominium mutet.

So steht einerseits fest, daß an einem Bestandteil kein besonderer Besitz bestehen kann, was zur Folge hätte, durch Einbauen wird im Wege der naturalis usurpatio die Ersitzung unterbrechend gehemmt, andrerseits scheint die lex 23 cit. in ihrem zweiten Teil jegliche Ersitzung an Bestandteilen noch besonders auszuschließen, und nun tritt eine neue lex auf den Plan, welche, in direktem Gegensatz zu dem oben festgestellten, die Ersitzung zuläßt, es ist das die l. 30 § 1 D. 41,3: Labeo libris epistolarum ait: si is cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superressent in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid

[1]) Über tignum und tignum iunctum, S. 7.

ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo rerum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum.

Diese Stelle, welche wie selten eine Staub aufgewirbelt hat, hat eine so große Literatur hervorgerufen, daß eine Beschränkung auf eine Begründung unserer Ansicht geboten erscheint, nachdem wir nur flüchtig die Hauptmeinungen angedeutet haben. Savigny und mit ihm Vangerow[1]) suchen die Stelle faßlicher zu machen durch Beseitigung der columnae und tegulae als Baumaterial und gelangen so zu der Annahme: lex 30 cit. stellt die Regel dar, von der zu Gunsten der tigna iuncta eine Ausnahme besteht. Ihre Annahme jedoch betreffs der tegulae, welchen nicht die Qualität von Baumaterial zukäme, darf man mit Thibaut und fast allen Neueren als hinfällig bezeichnen. Thibaut wiederum faßt die decem dies wörtlich als modicum tempus auf, auch das geht nicht an, denn es handelt sich hier offenbar um ein Responsum Labeos in einem Fall, in welchem zufällig noch 10 Tage zur Vollendung der usucapio fehlten. Unterholzener und Sintenis bringen dadurch, daß sie nihilominus in nihilomagis umwandeln, einen ihnen mundgerechten Text zu Wege, diesem willkürlichen Verfahren glaube ich keinen Wert beilegen zu dürfen. — Im Gegensatz zu Savigny will Dernburg in der lex 30 cit. die Ausnahme, im Ruhen der Ersitzung beim tignum die Regel sehen; seine Erklärung: es läge hier einer der Fälle vor, in denen die Ersitzung trotz Verlust des Besitzes sich fortsetze, wird man schon eher acceptieren können. Windscheid[2]) endlich, dem ich mich hier anschließe, sieht in der fraglichen Stelle schlechtweg die Regel, ohne Savignys Ausnahme gelten zu lassen.

Um diese Ansicht zu begründen, ist es notwendig, die beiden sich widersprechenden Quellenstellen in Einklang zu bringen und eine völlig befriedigende Lösung dieses Problems scheint mir folgende zu sein.

Während nämlich die zuerst zitierten l. 23 pr. D. 41,3, l. 7 § 11 D 41,4, L. 23.57 D. 6.1 ausschließlich davon reden, daß Jemand, der ein Haus kauft, oder auch aus fremden Steinen erbaut hat, an dem verbauten fremden Material keine Teilusukapion *anfangen* kann aus dem stets betonten Grunde, daß man ein Ganzes nur als solches, nicht in seinen Teilen, besitzt, handelt es sich in der lex 30 cit. um die *Beendigung* einer bereits vorher laufenden Ersitzung an einer Sache, welche der Usukapient bereits als Einzelsache im Ersitzungsbesitz gehabt hat und nach der Verbindung wenigstens noch quoad corpus behält. Läßt sich diese Auffassung nun noch mit unserer Auslegung in Bezug auf die actio de tigno iuncto, deren Rechtfertigung wir oben versucht haben, vereinigen, darf man ferner annehmen, daß Labeo-Pomponius wohl Besitzverlust durch Einbauen angenommen, dennoch aber aus praktischen Gründen im angegebenen Sinne entschieden haben, so können wir nunmehr als Resultat unserer Untersuchung aufstellen:

1. Eine Verbindung von Usukapionssachen durch den Usukapienten mit anderen von ihm besessenen Sachen, hat trotz des Besitzverlustes auf den Lauf der Ersitzung keinen Einfluß, es wird hier einer der Fälle anzunehmen sein, in denen die Ersitzung sich ohne Besitz vollendet;
2. durch das Einbauen von Materialien wird eine deren Eigentümer befriedigende Klage nicht ausgeschlossen, mithin wird die Ersitzung im Falle des tignum iunctum weder unterbrechend noch hemmend beeinflußt.

[1]) Vgl. Zusammenstellung bei Vangerow, a. a. O., S. 367–374. — [2]) a. a. O., S. 75 a 2.

Teil II.

Das Bürgerliche Recht.

§ 9. Vorbemerkung:

Man wird kaum behaupten dürfen, daß das B. G.-B. in unserer Frage gegenüber dem Gemeinen Recht hervorragend schöpferisch und damit fortbildend tätig gewesen wäre, es sei denn, daß man eine Beschränkung der Ersitzung auf die beweglichen Sachen in dieser Hinsicht ansprechen wollte, eine Fortbildung, die immerhin sehr problematisch erscheint, wenn man sich vergegenwärtigt, daß z. B. der bona fide possessor eines Grundstücks mit Inventar nach Ablauf von 10 Jahren zwar letzteres ersessen hat, das Grundstück jedoch und zwar nunmehr ohne Inventar dem ursprünglichen Eigentümer verbleibt, gewiß eine Komplikation, die durch unser Grundbuchrecht zwar gerechtfertigt wird, kaum aber als Fortschritt gegenüber dem alten Recht aufgefaßt werden kann. Im allgemeinen finden wir die in der gemeinrechtlichen Literatur für das alte Recht aufgestellten leitenden Gedanken auch hier wieder. Streitfragen des gemeinen Rechts sind fast durchgängig in unserem Gesetz zur Entscheidung gebracht, ohne daß m. E. stets ein einwandfreies Resultat erreicht wurde, hierüber an geeigneter Stelle mehr. Die Frage des tignum iunctum, welcher wir bei unserer Behandlung des Gemeinen Rechts eine eingehendere Behandlung zu widmen hatten, kann an dieser Stelle mit einigen Worten abgetan werden.

Wenn nämlich der § 865 B. G.-B. die Vorschriften über den Besitzschutz zu Gunsten desjenigen ausdehnt, der nur „einen Teil einer Sache" besitzt, damit also besonderen Besitz an einem tignum iunctum anzuerkennen scheint, so ist dennoch Eigenbesitz hieran darum ausgeschlossen, weil auf Grund des § 93 B. G.-B. an wesentlichen Bestandteilen keine besonderen Rechte bestehen können, durch Einbauen also das Recht des Eigentümers nicht wie im Gemeinen Rechte ruhen kann, sondern untergeht. Hierdurch aber ist die Konstruktion einer Hemmung der Eigentumsklage nach unserem Gesetz ausgeschlossen. —

Der Ersitzungslehre eigentümlich ist im neuen Rechte eigentlich nur die besondere Art der Unterbrechung durch Besitzverlust, und auch diese ist im Gegensatz zum Gemeinen Rechte erheblich durch § 940 abgeschwächt. Im übrigen ist, trotz des von den Motiven betonten Grundgedankens: eine Verquickung der Ersitzung mit der Verjährung zu vermeiden, durchaus die Analogie der Verjährung des Eigentumsanspruchs maßgebend und zwar so sehr, daß Endemann[1] schlechtweg schreiben konnte: „Beginn, Hemmung und Unterbrechung der Ersitzung werden nach den für die Verjährung geltenden Regeln beurteilt." Unter diesen

[1] Einführung, Bd. 2, S. 324.

Gesichtspunkten können wir jetzt an eine Behandlung der in Betracht kommenden Hemmungsgründe im einzelnen gehen, wir werden auch hier uns zunächst mit den Gründen der Unterbrechung des Fortgangs der Ersitzung beschäftigen.

§ 10. Naturalis usurpatio nach B. G.-B.

Wie das Gemeine Recht als grundlegendes Erfordernis der Ersitzung die Dauer des Besitzes aufstellte und an seinen Verlust folgerichtig die Unterbrechung der Ersitzung knüpfte, so auch des B. G.-B. in § 940,1: Die Ersitzung wird unterbrochen durch den Verlust des Eigenbesitzes. — Durch den „Verlust des Eigenbesitzes" heißt es in dem zitierten Paragraphen, was ist aber Eigenbesitz nach B. G.-B. und wie wird er verloren?

Als Eigenbesitzer wird man in sinngemäßer Verbindung der §§ 854 und 872 bezeichnen können, denjenigen, welcher über eine Sache die tatsächliche Gewalt ausübt in der Weise, daß er die Sache als ihm gehörende betrachtet. Nötigenfalls hat derjenige, der sich auf die Ersitzung beruft, seinen Eigenbesitz darzutun, und er wird dies, wie man mit Buhl[1]) gegen Dernburg annehmen muß, nicht einfach durch einen Hinweis auf die in § 1006 des Gesetzes aufgestellte Vermutung tun können. Denn abgesehen davon, daß das Gesetz zwischen Eigentümer und Eigenbesitzer einen Unterschied macht, wie mir eine Vergleichung der §§ 891, 938, 1006 zu ergeben scheint und zwar in der Weise, daß es als Eigentümer denjenigen auffaßt, dem eine Sache zusteht, gleichgültig, ob er den ausgesprochenen Willen hat, sie als ihm gehörend zu besitzen, während § 938 gerade auf das subjektive Willensmoment Wert legt, ganz abgesehen also davon, schließt schon Satz 2 des § 1006 die praktische Verwendbarkeit der Vermutung des Satz 1 eod. für die Ersitzung darum fast völlig aus, weil, wie schon an anderer Stelle betont, der Erwerb vom Nichtberechtigten, bezw. handelsrechtlich vom nicht Verfügungsberechtigten durch Ersitzung, gerade deren Hauptfall im neuesten Recht ausmacht. Und endlich, um noch ein Schulbeispiel zu kolportieren, ist nicht der Dieb, der polare Gegensatz zum Eigentümer, durchaus Eigenbesitzer im Sinne des Gesetzes? Nun sind in der oben gegebenen Definition zwei Momente enthalten, aus welchen schon auf die Art des Verlustes des Eigenbesitzes geschlossen werden darf: 1) Verlust der tatsächlichen Gewalt, 2) Verlust des Willens, die Sache als eigene haben zu wollen.

Was den ersten Punkt, Verlust der tatsächlichen Gewalt, betrifft, so können wir zunächst negativ feststellen, daß durch die Umwandlung des unmittelbaren in mittelbaren Eigenbesitz, vgl. § 868, sich ein Besitzverlust für den Eigenbesitzer nicht vollzieht; denn, wenn auch der Besitz quoad corpus sich bei einem Dritten, „auf Zeit Berechtigten", findet, so nimmt doch § 868 auch dem Anderen, dem mittelbaren Besitzer, hier nicht die Besitzerqualität und noch weniger kann das der Fall sein gegenüber dem Besitzdiener nach § 855.

Ferner negativ ist festzustellen, daß auch durch den Tod des Eigenbesitzers nicht ohne weiteres sich der Besitzverlust vollzieht, denn, wenn nach § 857 der Besitz vererblich ist, so darf man diese Bestimmung für die Ersitzung in der Weise auslegen, daß mit dem Tode des Erblassers der Eigenbesitz sofort auf den Erben übergegangen ist und zwar in der Form eines tatsächlichen Zustands, da von einer wirklichen Erlangung der tatsächlichen Gewalt nicht immer wird die Rede sein können. Solange aber in diesem Zustand kein Dritter eingreift,

[1]) Buhl, S. 67.

kann eine Unterbrechung durch Besitzverlust nicht behauptet werden, es sei denn, daß der Erbe zur Zeit des Erbfalls nicht in gutem Glauben war, wodurch eine Ersitzung überhaupt ausgeschlossen wäre. Allerdings gibt es auch von dieser Regel eine Ausnahme. Denn, trotz Eingreifens eines Dritten in den tatsächlichen Zustand, trotz Besitzverlusts des Erben durch Besitzergreifung seitens eines Erbschaftsbesitzers und damit also trotz Unterbrechung der Ersitzung gemäß § 940,1, trotz alledem hat diese Unterbrechung für den Erben keinen Nachteil. Denn, wenn wir von dem Fall des § 940,2, der Erhebung der Klage binnen Jahresfrist absehen, wenn der Erbe über Jahresfrist hinaus untätig verharrt, auch dann noch wird er durch die Bestimmung des § 944 nicht nur geschützt, sondern sogar noch insofern begünstigt, als er sich die für den Erbschaftsbesitzer verflossene Ersitzungszeit anrechnen kann, allerdings unter der Voraussetzung, daß der pro herede possidens Eigenbesitzer und er sowohl, wie der Erbe, bona fide ist in Bezug auf die Zugehörigkeit der Sache zu der Erbschaft. Daß diese bona fides auch vom Erben verlangt wird, ist durchaus gerechtfertigt, denn, wie Buhl[1]) treffend betont, dadurch, daß sein Besitz an den Erbschaftsbesitzer verloren gegangen ist, kann er nicht günstiger gestellt werden, als wenn ihm der Besitz verblieben wäre. Endlich ist der Besitz für die juristische Betrachtung nicht verloren durch eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Verhinderung an der Ausübung der tatsächlichen Gewalt im Sinne des § 856,2. Der Absatz 1 eben dieses zuletzt zitierten Paragraphen gibt uns nun positiven Aufschluß darüber, wann wir nach B. G.-B. den Besitz als verloren anzusehen haben: „Der Besitz wird dadurch beendet, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt aufgibt oder in anderer Weise verliert." Über dieses Aufgeben sagen die Motive Bd. III S. 102 etwa folgendes: Die Willenskundgebung, durch welche sich das Aufgeben des Besitzes vollzieht, kann formlos sein, muß aber in einer Gestalt zu Tage treten, welche keinen Zweifel über die Absicht des Erklärenden gestattet. Dieser Forderung wird man sicherlich beistimmen können, billig aber bezweifeln dürfen, ob der Verkehrsanschauung nach eine bloße Erklärung, die Sache nicht haben zu wollen, genügt. Das ließe sich eigentlich nur bei dem im übrigen nicht hierher gehörigen Verzicht vor dem Grundbuchamt annehmen. Es bedarf also, wie auch Planck[2]) andeutet, eines mehr sinnfälligen Vorgangs, in welchem die Verkehrsanschauung einen Verlust der tatsächlichen Gewalt und damit des Besitzes erblickt. „Aufgeben der Gewalt, sagt Planck,[3]) ist die Herbeiführung des Verlustes der Gewalt durch den Besitzer selbst."

Abgesehen aber davon würde auch natürlich die Willenserklärung des Aufgebenden auf ihre Gültigkeit nach den für Rechtsgeschäfte überhaupt maßgebenden Regeln des allgemeinen Teils unseres Gesetzes zu prüfen sein. Immerhin wird sich eine Definition, wann der Verkehrsanschauung nach die tatsächliche Gewalt durch Aufgeben verloren ist, nicht absolut zutreffend aufstellen lassen, es ist hier vielmehr auf eine Entscheidung von Fall zu Fall zu verweisen. Im Gegensatz dazu haben wir für den Besitzverlust der zweiten in dem zitierten Paragraphen angegebenen Art, den Verlust „in anderer Weise", schon deutlichere Anhaltspunkte im Gesetz. Dieser Verlust wird sich, anders, als der erste, stets ohne den Willen des Besitzers vollziehen, sei es durch Handlung eines dritten, sei es durch andere Ereignisse. So ist für die beweglichen Sachen, und nur für solche gilt ja die eigentliche Ersitzung nach B. G.-B.,

---

[1]) Buhl, S. 67 ff. — [2]) Erl. zu § 856. — [3]) Iodem.

bei anderer Gelegenheit vgl. § 935, der Begriff des Besitzverlustes „in anderer Weise" genauer bestimmt worden, das Gesetz redet von Sachen, die „verloren, gestohlen oder sonst abhanden gekommen" sind. In Übereinstimmung also mit dem römisch-gemeinen Recht wird durch den Verlust des Besitzes in der erläuterten Art und Weise die Ersitzung unterbrechend gehemmt, im Gegensatz aber zu den genannten Rechten muß diese Unterbrechung nicht eine definitive sein, ihre Folgen können vielmehr abgewendet werden durch Handlungen des davon Betroffenen während bestimmter Zeit und zwar nach Abs. 2 § 940: „Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn der Eigenbesitzer den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren und ihn binnen Jahresfrist oder mittelst einer innerhalb dieser Zeit erhobenen Klage wieder erlangt hat." Zwei Erfordernisse stellt der zitierte Paragraph auf:

1) unfreiwillig muß der Besitzverlust sein,
2) der Besitz muß wieder erlangt sein, entweder unmittelbar oder mittelbar im Wege einer binnen Jahresfrist angestrengten Klage.

Zu Punkt 1 war in der Kommission der Antrag gestellt worden, die Worte „ohne seinen Willen" zu streichen, mit der Begründung: Der Besitzverlust verstehe sich stets gegen den Willen des Verlierenden. Es liegt auf der Hand, daß das Gegenteil, wenigstens was unser Gesetz angeht, sehr wohl möglich ist, denn der Besitzer kann ja, wie bereits erwähnt, den Besitz freiwillig aufgeben, was den Besitzverlust zur Folge hat. Andererseits wird man selbst dann unfreiwilligen Besitzverlust annehmen müssen, wenn Jemand freiwillig den Besitz eines Gegenstandes aufgegeben hat, aber in Folge Irrtums über den Inhalt seiner Erklärung, vgl. § 119 B. G.-B. — Und ferner soll die Unterbrechung als nicht erfolgt gelten, so muß während eines Jahres nach dem Besitzverlust der Besitz auf irgend eine Weise, selbst durch verbotene Eigenmacht wieder erlangt, oder eine erfolgreiche Klage angestrengt sein.

Welcher Art die Klage ist, ob petitorisch oder possessorisch, wird man mit Planck für gleichgültig halten dürfen, wenn sie nur ihren Zweck erfüllt, d. h. wenn sie dem Usukapienten wieder Besitz verschafft. Sind nun diese Voraussetzungen erfüllt, so „gilt die die Unterbrechung als nicht erfolgt", mit anderen Worten, die Ersitzung wird als fortlaufend gedacht, trotzdem ein, und zwar das Haupterfordernis der Ersitzung, der Besitz, um es recht kraß auszudrücken, während einer Zeit von vielleicht 364 Tagen nicht bestanden hat, wenn nur die Voraussetzung des § 940,2 erfüllt, d. h. wenn vor Ablauf des 365sten Tages die Klage erhoben ist.

Es ist mithin hier nicht die Rede von einer Unterbrechung der Ersitzung durch nur vorübergehenden Besitzverlust, welchen Fall die Motive im Auge haben, wenn sie von der Härte reden, die den Usukapienten dann treffen würde, wenn hier auf die Folgen der Unterbrechung erkannt wäre; dieser Fall ist vielmehr befriedigend in ihrem Sinne geregelt; die Zeitspanne, die hier in Betracht kommt, kann im Gegenteil wie oben recht ansehnlich sein, und da ist es wohl angebracht, sich zu fragen, ob es nicht bedenklich erscheint, die Zeit des Besitzverlustes in die Ersitzung einzurechnen, die Ersitzung fortlaufen zu lassen, als wenn sie in keiner Weise angefochten wäre. Widerspricht doch, wie schon oben betont, diese Anrechnung eigentlich durchaus dem Gedanken, daß der wirkliche Besitz die Grundlage der Ersitzung bildet. Bedenken über die Tragweite dieses Prinzips der unbedingten Zeitanrechnung trotz Besitzverlustes sind auch in der Kommission geltend gemacht worden und ein Antragsteller hat

versucht, einen Mittelweg einzuschlagen, der auf den ersten Blick viel für sich zu haben scheint. Der Antrag ging dahin, man solle nur die Zeit einrechnen, in der der Zwischenbesitzer verpflichtet war, dem Usukapienten die Sache auszuliefern, sodaß also beispielsweise die Zeit, in der der Eigentümer den Besitz gehabt hätte, nicht eingerechnet wurde. So scharfsinnig theoretisch dieser Antrag begründet erscheint, so tat die Kommission m. E. doch Recht, ihn fallen zu lassen aus, wie die Protokolle sagen, „praktischen Rücksichten und im Interesse der Vereinfachung des Gesetzes." Der letztere Grund leuchtet ohne weiteres ein, der erste läßt sich billigen, wenn man die Chancen abwägt, wann wohl ein solcher Fall eintreten könnte und ob der Zufall dann so sein Spiel haben würde, daß der Eigentümer wiederum die Sache an den Usukapienten verlöre und zwar tatsächlich, denn durch gerichtliche Geltendmachung würde der Usukapient erfahren, daß die Sache nicht sein Eigentum ist, damit wäre aber nach § 937,2 unseres Gesetzes seine bona fides und damit die Ersitzung ausgeschlossen. Es wird also, um darauf zurückzukommen, bei der Anrechnung der Zeit unter den Voraussetzungen des § 940,2 sein Bewenden haben müssen, wenn auch nicht zu leugnen ist, daß dieses Resultat einigermaßen befremdend wirkt. Daß einem Usukapienten, der freiwillig den Besitz aufgegeben hat, innerhalb Jahresfrist aber anderen Sinnes geworden ist und die Klage nach § 940,2 eingereicht hat, das Ausnahmerecht der Fortsetzung der freiwillig aufgegebenen Ersitzung nicht zuzubilligen ist, scheint mir der Erörterung nicht zu bedürfen, es läge dazu in der Tat „kein Anlaß" vor.

§ 11. Civilis usurpatio nach B. G.-B.

Hatten wir im Gemeinen Recht bei der civilis usurpatio mancherlei Streitfragen zu erledigen in Bezug darauf, ob die Ersitzung durch die Klage überhaupt unterbrochen wurde, und ferner, ob schon der Klageerhebung dieser Effekt zukam, so finden wir im B. G.-B. § 941 diese Frage im Sinne der Unterbrechung durch gerichtliche Geltendmachung des Eigentumsanspruchs entschieden: „Die Ersitzung wird unterbrochen, wenn der Eigentumsanspruch gegen den Eigenbesitzer oder im Falle mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer gerichtlich geltend gemacht wird, der sein Recht zum Besitze von dem Eigenbesitzer herleitet." Was unter gerichtlicher Geltendmachung zu verstehen, lehrt Satz 2 des zitierten Paragraphen, das Gesetz verweist auf die bei der Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 209—212, 216, 219, 220, B. G.-B. welche von der Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung und durch die ihr gleich gesetzten Angriffs- und Verteidigungsmittel handeln. Als solche finden sich für unseren Fall:

1) Vornahme einer Vollstreckungshandlung oder die Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung bei dem zuständigen Vollstreckungsgericht, welche bei den Maßregeln naturgemäß nur in Betracht kommen können, wenn nicht durch ein ihnen etwa vorhergegangenes Verfahren bereits mala fides entstanden ist;
2) die Einreichung des Gesuches um Vorentscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs oder auf Bestimmung des zuständigen Gerichts, wie etwa beim positiven und negativen Kompetenzkonflikt, vgl. C. P. O. § 36;
3) die Erhebung des Anspruchs vor einem dafür bestimmten Schiedsgericht.

Die Klage, der unterbrechende Kraft durch den § 941 in Verbindung mit § 209 beigelegt wird, muß den Eigentumsanspruch geltend machen, sie ist, wenn sie nur diesen Zweck verfolgt, an eine bestimmte Schablone nicht

gebunden. So kann nach § 209 nicht nur die Klage auf Befriedigung, die eigentliche Geltendmachung des Eigentumsanspruchs erhoben werden, sondern das Gesetz gestattet mit dem Antrag auf Erteilung der Vollstreckungsklausel oder des Vollstreckungsurteils, sowie endlich der Feststellungsklage, Formen der gerichtlichen Geltendmachung mit unterbrechender Wirkung, die sich in ihrer Durchführung und teilweise ihren Konsequenzen von der rei vindicatio scheiden, stets allerdings aber sich auf dem Eigentumsanspruch aufbauen. Mit der Erhebung der Klage also wird die Acquisitiv-Verjährung, die Ersitzung, unterbrechend gehemmt, hier, ähnlich wie im Falle des § 940,1 und abgesehen von den Besonderheiten des Absatz 2 cit. während der Zeit des Besitzverlustes, während des Prozeßlaufs, der Zeit des „vacillare ac dubitare". Erst von der rechtskräftigen Entscheidung an oder einer anderen Erledigung des Prozesses, könnte nach dem Gesetz eine neue Ersitzung laufen, eine Frage, deren kritischer Würdigung wir demnächst näher zu treten haben werden.

Gleiche Wirkung wie der Beendigung des Rechtsstreits durch rechtskräftiges Urteil wird durch § 211,2 dem Stillstand des Prozesses beigemessen, wenn dieser Stillstand auf eine Vereinbarung oder ein Liegenlassen durch die Parteien zurückgeführt werden kann, sodaß also eine etwaige neue Ersitzung durch Weiterbetreiben des Prozesses unterbrochen würde. — Unter bestimmten Voraussetzungen hat aber die Klageerhebung nicht unterbrechenden Effekt, so nach § 212, wenn die Klage zurückgenommen oder durch ein in der Sache selbst nicht entscheidendes Urteil abgewiesen wird, z. B. wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder Mangel an einer Prozeßvoraussetzung; jedoch ist dem hiervon Betroffenen durch § 212,2 ein Mittel an die Hand gegeben, diesen, ihm nicht genehmen Effekt abzuwenden, der zitierte Paragraph gestattet nämlich, die Unterbrechung dann auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Klageerhebung zurückzubeziehen, wenn innerhalb von 6 Monaten nach der Abweisung bezw. der Zurücknahme, der ursprüngliche Kläger wiederum Klage erhebt.[1]) „Es würde sonst der Kläger z. B. bei formellen Mängeln der Klage gezwungen sein, den Prozeß bis zum Urteil durchzuführen, um sich den Vorteil der Unterbrechung durch die erste Klageerhebung zu sichern." —

Viel Verwandtes zeigte das Recht der anderen unterbrechenden Handlungen, auch sie verlieren, wenn sie rückgängig gemacht oder abgewiesen werden, ihre Kraft. So bestimmt im Einzelnen § 216, daß sowohl die Unterbrechung durch Vornahme einer Vollstreckungshandlung, als die Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung als nicht erfolgt gilt, wenn dem Antrag des Berechtigten auf diese Maßregeln nicht stattgegeben wird, sie im geeigneten Zeitpunkt zurückgenommen oder aufgehoben werden. Wenn ferner die Zulässigkeit des Rechtswegs von der Vorentscheidung einer Behörde abhängt, oder die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch ein höheres Gericht zu erfolgen hat, so gibt der § 210 dem hierauf bezüglichen Gesuch nur dann unterbrechende Kraft, wenn die Klage binnen drei Monaten nach Erledigung des Gesuchs erhoben wird.

Und dem schließt sich endlich der § 220 an, der für Ansprüche, welche nicht vor die ordentlichen Gerichte gehören, dieselben Vorschriften gelten läßt, wie bei der Klageerhebung und noch die Sonderbestimmung trifft, daß die Verjährung bereits dann unterbrochen wird, wenn der Berechtigte das zur Erledigung der Sache seinerseits Erforderliche vorgenommen hat und im

[1]) K. Pr. bei Haidlen, S. 265.

Schiedsvertrage die Schiedsrichter nicht ernannt sind, oder deren Ernennung aus einem anderen Grunde erforderlich ist, bezw. das Schiedsgericht erst nach Erfüllung einer anderen Voraussetzung angerufen werden kann.

Ist nun unter diesen Kautelen der Eigentumsanspruch durch Klageerhebung oder eine ihr gleichstehende Handlung geltend gemacht, so soll nach § 941 die Unterbrechung nur relative Natur haben, d. h. nur zu Gunsten des jeweiligen Klägers eintreten. In dieser Vorschrift, die ich bereits mehrfach als zu erörtern angedeutet habe und die zu gewichtigen Bedenken Anlaß bietet, glaube ich mit Kuhlenbeck[1]) eine Unklarheit des Gesetzes sehen zu dürfen.

Von vornherein sind wir schon aus dem im Gemeinen Recht an geeigneter Stelle erörterten Gründen durchaus Gegner jeder relativen Unterbrechung einer absoluten Erwerbsart, doch ganz abgesehen davon bietet diese Bestimmung auch sonst in der Fassung, welche sie im Gesetz gefunden hat, mancherlei Merkwürdiges. Wenn es nämlich beabsichtigt sein sollte durch § 985: Der „Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen" in Verbindung mit dem zitierten § 941, daß das Gesetz, wenn es in § 941 cit. von einer Geltendmachung des Eigentumsanspruchs redet, den wahren Eigentümer als das Subjekt dieser Handlung vorausgesetzt hat, so ist eine nur relative Unterbrechung aus dem Grunde nicht zu verstehen, als notwendigerweise der Usukapient aus dem Prozesse erfahren haben muß, daß ihm das Eigentum nicht zusteht, damit aber ist er von einer Ersitzung durch mala fides superveniens überhaupt ausgeschlossen. — Man darf hierzu nicht einwenden, daß der Usukapient ja wiederum dieselbe Sache von dem Eigentümer gutgläubig erwerben könnte, daß damit also die mala fides beseitigt wäre und eine neue Ersitzung beginnen könne, dieser Fall wäre m. E. wohl theoretisch denkbar, praktisch jedoch kaum möglich und das Gesetz wird ihn bei seiner Scheu vor jeder Kasuistik kaum im Auge haben. Eine relative Unterbrechung könnte hier also lediglich während der Dauer des Prozesses zugestanden werden, im übrigen aber, d. h. in Bezug auf die von der gewöhnlichen Unterbrechung grundverschiedenen Konsequenzen, welche die Unterbrechung durch gerichtliche Geltendmachung zeitigt, ist der Begriff der Unterbrechung im Sinne des § 941 Satz 2 als unzutreffend zu verwerfen. — Und ferner, läßt sich unsere Prämisse nicht halten, hat also das Gesetz jeder, auch bösgläubiger Vindication unterbrechende Kraft verleihen wollen, und dieser Ansicht wird man sich nach der Fassung des § 941 beugen müssen, so widerspricht die relative Unterbrechung dem Grundgedanken der Ersitzung, durch welche ein Schutz schlechttitulierten, aber gutgläubigen Besitzes geschaffen werden soll, denn, wenn wie hier der bösgläubigen Chicane Tür und Tor geöffnet wird, darf man von einem „Schutz" nicht viel reden. Es bleibt m. E. wirklich nicht zu verstehen, warum durch Geltendmachung eines eventuell völlig unsubstantiierten Eigentumsanspruchs der Usukapient gezwungen sein sollte, dem vielleicht noch dazu bösgläubigen Vindikanten gegenüber eine neue Ersitzung anzufangen, wäre, um das noch einmal zu betonen, wenn man die Konsequenzen zieht, nicht der Zweck der Ersitzung völlig verfehlt, wenn es Jeder in der Hand hätte, sie grundlos zu unterbrechen? Und grundlos, bösgläubig kann die Unterbrechung bewirkt werden, denn der § 941 redet nur von einer Geltendmachung des Eigentumsanspruchs und der § 212 weiß nur von der Zurückweisung der Klage durch ein in der Sache nicht entscheidendes Urteil.

[1]) Von den Pand. II, S. 529 ff.

Wenn nun Kuhlenbeck[1]) korrigierend aus § 941 nur eine replica doli zu Gunsten des Klägers gegenüber der erst im Laufe des Prozesses durch Vollendung der Ersitzung entstandenen exceptio dominii des Beklagten lesen, mithin entgegen dem Wortlaut des Paragraphen keine Unterbrechung annehmen will, so hat das nach den oben geäußerten Bedenken viel Bestechendes für sich, es wäre damit das Recht der ältesten usucapio auf den Schild gehoben. Dennoch aber wird man, trotz der wenig zusagenden Konsequenzen m. E. nicht so ohne weiteres über den bestimmt sprechenden Wortlaut des § 941 hinweggehen dürfen, gern oder ungern wird man sich mit einer relativen Unterbrechung abzufinden haben und nichts anderes aus dem Gesetz herauslesen dürfen, als deutlich darin enthalten ist[2]) Nun gibt § 941 den Weg an, gegen wen der Eigentumsanspruch geltend zu machen ist: Gegen den Eigenbesitzer oder im Falle mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer, der sein Recht zum Besitze von dem Eigenbesitzer ableitet. Hiernach dürfte soviel klar sein, daß in jedem Falle, unmittelbarem oder mittelbarem Eigenbesitz, der Eigentumsanspruch gegen den Eigenbesitzer geltend gemacht werden kann. Es wäre, wie Biermann[3]) treffend bemerkt, in der Tat nicht einzusehen, warum der mittelbare Besitzer in jeder Beziehung sonst als Besitzer angesehen würde und nur von der Passivlegitimation bei der rei viudicatio ausgeschlossen sein sollte. Ferner aber werden wir mit Plank, Biermann, Achilles, Fischer u. a. m. annehmen dürfen, daß in sinngemäßer Verbindung der §§ 941 und 985 die reivindicatio auch gegen den vermittelnden Besitzer geltend gemacht werden kann, sodaß wir als Resultat mit Plank[4]) erhielten: „Daß im Falle des mittelbaren Eigenbesitzes neben der Geltendmachung des Eigentumsanspruches gegen den Eigenbesitzer auch der Geltendmachung des Anspruchs gegen den vermittelnden Besitzer unterbrechende Wirkung beikommt!"

Daß einer Geltendmachung gegen einen Besitzdiener kein Wert beigemessen werden kann, ergibt sich aus der Fassung des § 985, wonach von dem „Besitzer" die Herausgabe der Sache zu verlangen ist. Wenn endlich der Eigenbesitzer nach § 940 den Besitz der Sache verloren hat, ihn jedoch innerhalb eines Jahres wieder erlangt hat und die rei vindicatio in der Zwischenzeit gegen den Zwischenbesitzer angestrengt ist, so ergibt sich, wenn nun die Frage entsteht, ob die Klage gegen den Zwischenbesitzer auch für den Usukapienten verbindlich ist, d. h. m. a. W.: ob eine Unterbrechung der Ersitzung nach § 941 stattgefunden hat, nach dem Gesetz eine wenig befriedigende Entscheidung. Wenn es nämlich in § 941 heißt, daß die Klage, um unterbrechenden Effekt zu haben, gegen den Besitzer geltend gemacht werden muß, der sein Recht von dem Eigenbesitzer herleitet, so liegt auf der Hand, daß Besitzerverlust gegen den Willen des Verlierenden und Recht zum Besitze auf der anderen Seite, soweit eine Herleitung des Rechts von dem Verlierenden in Betracht kommt, unvereinbare Gegensätze sind. Die Folge davon ist aber, daß eine Klage gegen den Zwischenbesitzer, wenn sie nicht auch zugleich bösen Glauben des Usukapienten zu bewirken geeignet ist, fruchtlos in Bezug auf die Unterbrechung der Ersitzung im Sande verläuft, weder der § 940,2 noch § 941 geben Anlaß zu einer anderen Beurteilung der Frage. Demnach aber ist die Auffassung der zweiten Kommission, man werde auch ohne eine ausdrückliche dahingehende Bestimmung

---

[1]) a. a. O., S. 530 ff. — [2]) cf. Plank, Erl. 3 zu 941. Biermann zu §§ 941 und 985. — [3]) Erl. zu § 985. — [4]) Erl. zu § 941.

der Klage gegen den Zwischenbesitzer unterbrechende Kraft dem Usukapienten gegenüber beimessen, eine irrige, sie ist auf Grund des vorliegenden Gesetzmaterials abzuweisen.

§ 12. Mala fides superveniens.

Bereits in den vorigen Paragraphen haben wir verschiedentlich Gelegenheit gehabt, uns auf die unterbrechende Wirkung der mala fides superveniens zu beziehen.

Das Gesetz hat sich die Neuerung des kanonischen Rechts im gleichen Sinne zu eigen gemacht und bestimmt in § 937,2: mala fides superveniens nocet: Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht.

Der Usukapient muß also „erfahren", daß ihm das Eigentum nicht zusteht, das will besagen, es muß ihm eine sichere Kenntnis von seiner Nichtberechtigung nachgewiesen werden können, bloße Zweifel sind belanglos. Ferner geht aus der Fassung des § 937,2 hervor, daß hier der gute Glaube selbst dann nicht ausgeschlossen erscheint, wenn er seinen Ursprung hat in grober Fahrlässigkeit, das Kennenmüssen steht also hier dem Kennen nicht gleich. Allerdings war in der zweiten Lesung die Gleichstellung beantragt dann, wenn Jemand es absichtlich vermeide, sich die Kenntnis von seiner Nichtberechtigung zu verschaffen und es wurde da hingewiesen auf den Fall, daß man es vermeide, die polizeilichen Bekanntmachungen zu lesen. Aber, wenn es schon einerseits nahezu unmöglich sein dürfte, dem Betreffenden die Absicht nachzuweisen, so wird man anderseits mit Plank[1]) behaupten dürfen, daß in solchen Fällen der gute Glaube der Regel nach bereits beim Erwerbe fehlen dürfte, und die Ausnahme, welche Plank für den Fall macht, daß Jemand eine gefundene Sache als herrenlos ansieht, scheint mir darum nur theoretischen Wert zu haben, weil, wenn es sich um eine wertlose Sache handelt, die Frage garnicht praktisch werden wird, und, ist das Gegenteil der Fall, so muß der erste Gedanke des Erwerbenden sein an Fund einer verlorenen Sache.

Endlich ist noch nachzutragen, daß auch hier der Begriff der Unterbrechung nicht ganz korrekt gebraucht werden kann, denn die Ersitzung wird durch mala fides supeveniens nicht nur derart unterbrochen, daß eine neue Ersitzung beginnen könnte, sondern sie ist für den jetzt Schlechtgläubigen ausgeschlossen, wenn nicht der schon bei anderer Gelegenheit gekennzeichnete Fall eintritt, daß der frühere Usukapient dieselbe Sache wiederum gutgläubig erwirbt.

b. Die Hemmung im engeren Sinn.

§ 13. Überblick.

„Die Ersitzung kann . . . falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt ist, oder ihrer Vollendung die Vorschriften der § 206, 207 entgegenstehen." § 939 B. B.-G. Entscheidend ist also auch nach B. B.-G., wie nach Gemeinem Recht, die Analogie der Hemmung des Eigentumsanspruchs. Abgesehen nun von dem

[1]) Erl. zu § 937.

Hemmungsgründe der dilatorischen Einreden nach § 202,1 die ihrer Natur nach sich schon zur Hemmung des Beginns der Ersitzung nicht eignen, was mir mit Plank[1]) gegen Biermann darum einleuchtet, weil ein im Sinne des § 202,1 nur vorübergehend Berechtigter nicht gutgläubiger Besitzer sein kann, abgesehen also hiervon, werden wir die von der Verjährung handelnden §§ 203—207 für unsere Untersuchung ins Auge zu fassen haben. Es finden sich dort der Reihe nach aufgezählt als Hemmungsgründe der Verjährung des Eigentumsanspruchs:

a) Verhinderung des Eigentümers an der Geltendmachung des Eigentumsanspruchs durch vis maior, wie besonders durch iustitium, wenn diese Verhinderung in den letzten sechs Monaten der Verjährungsfrist entsteht;
b) das Vorhandensein familienrechtlicher Beziehungen zwischen Eigentümer und Usukapienten, wie das der Ehe, des Eltern- und Kindesverhältnisses, solange die Minderjährigkeit des Kindes dauert, endlich die Zeit der Vormundschaft;
c) Mangel der gesetzlichen Vertretung bei Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit, in der Weise, daß sich eine Verjährung frühestens sechs Monate nach Wegfall des Mangels vollendet;
d) endlich: Tod des Eigentümers oder des Ersitzenden mit der Maßgabe, daß sich die Verjährung für oder gegen einen Nachlaß nicht vor Ablauf von sechs Monaten vollendet nach Annahme der Erbschaft, Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder Eintritt einer genügenden Vertretung.

§ 14. Vis maior und iustitium.

Wenn der § 203 unseres Gesetzes von einer Hemmung des Eigentumsanspruchs durch Stillstand der Rechtspflege innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist spricht, so gibt er damit einen Hinweis darauf, was wir uns unter der „höheren Gewalt," der Abs. 2 allgemein hemmende Wirkung zuschreibt, etwa vorzustellen haben. Und in der Tat war ein solcher Hinweis durchaus angebracht, denn eine sichere Bestimmung des Begriffs der höheren Gewalt findet sich im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht. Wenn nun im Abs. 1 der Stillstand der Rechtspflege als Beispiel für höhere Gewalt gekennzeichnet wird, was die Fassung des Abs. 2 beweist: „Das Gleiche gilt, wenn eine solche Verhinderung in anderer Weise durch höhere Gewalt herbeigeführt wird," so dürfen wir daraus schließen, daß nicht jedes unverschuldete Hindernis unter den Begriff der „höheren Gewalt" fällt, sondern nur ein Ereignis, dessen Eintreten außerhalb menschlicher Berechnung liegt, jedenfalls aber nicht durch die Tätigkeit des davon Betroffenen hätte abgewendet werden können. Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Satz des Römischen Rechts: nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio seine Geltung auch für das B. G.-B. behalten hat, unter höherer Gewalt kann der Regel nach nicht verstanden werden die Unkenntnis des Berechtigten über die Person des Verpflichteten oder die Zuständigkeit des Anspruchs, vielmehr wird, so schwer das im Einzelfalle dem Berechtigten treffen mag, der Satz: ignorantia iuris nocet zweckentsprechende Geltung haben müssen. Einen Fingerzeig, was wir unter „höherer Gewalt" zu denken haben, geben uns, ohne, daß sie den Begriff erschöpfen wollen, die §§ 233 C.-P.-O.

[1]) Erl. zu § 939.

und 44 Str.-P.-O., welche von „Naturereignissen und anderen unabwendbaren Zufällen" reden. Wir kommen dadurch der Sache insofern näher, als sich ja auch der Stillstand der Rechtspflege als ein unabwendbarer Zufall darstellt, dieses Hindernis der Verjährung, in welchem sich Kanonisches Recht und Bürgerliches Gesetzbuch begegnen. Denn einen, wenn nicht den, Hauptfall des Stillstands der Rechtspflege dürfte das tempus hostilitatis, die Zeit, in der infolge feindlichen Einbruchs Handel und Wandel stockt, darstellen. Wenn aber das Kanonische Recht diesen Hemmungsgrund nur privilegienweise der Kirche verlieh, so trägt das B. G.-B. der veränderten, Privilegien abholden, modernen Rechts- und Weltanschauung Rechnung durch Verallgemeinerung des Satzes und Einbeziehung eines Jeden in seine Vorteile. Darauf allein aber beschränkt sich der Unterschied zwischen beiden Gesetzen nicht. Während nämlich das Privileg Kanonischen Rechts bei jedem iustitium tempore hostilitatis zu Tage trat, lehnt das B. G.-B. eine Bestimmung derartigen Inhalts ab und beschränkt die Geltung der Hemmung des Eigentumsanspruchs auf die Zeit der letzten sechs Monate des Verjährungslaufs im Gegensatz zu E. I., der kanonischen Grundsätzen den Vorzug gab.

Nicht also schlechtweg das iustitium hemmt die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs, hemmt auf der anderen Seite den Fortgang der Ersitzung, sondern einzig das in die letzten sechs Monate der Frist fallende iustitium hat diesen Effekt, wie auch das Gleiche zu gelten hat, für die anderen Fälle höherer Gewalt.

§ 15. Pietätsverhältnisse als Hemmungsgrund.

Nicht aber tatsächliche Hindernisse allein sind es, welche sich dem Ablauf der Verjährung des Eigentumsanspruchs während bestimmter Zeit hemmend in den Weg stellen, sondern auch Rücksichten, welche in der Pietät wurzeln, können diesen Erfolg haben. So bestimmt § 204: „Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten ist gehemmt, so lange die Ehe besteht. Das Gleiche gilt von Ansprüchen zwischen Eltern und Kindern während der Zeit der Minderjährigkeit der Kinder und von Ansprüchen zwischen Vormund und Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses." Und da nach § 1915 B. G.-B. die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften auf die Pflegschaft entsprechende Anwendung finden sollen, so dürfen wir noch hinzusetzen: ebenfalls gilt das Gleiche im Verhältnis zwischen Pfleger und Pflegebefohlenen.

Sicherlich darf man den Motiven beistimmen, wenn sie zur Begründung der Zweckmäßigkeit des § 204 etwa anführen, die Schonung des Pietätsverhältnisses ist dringend geboten, es ist jede Störung zu vermeiden und eine solche würde unter allen Umständen hervorgerufen werden durch den Zwang, eine Klage zur Wahrung von Rechten erheben zu müssen gegenüber demjenigen, mit welchem der Kläger durch ein nahes Band verbunden ist. Dieselben Gründe lassen uns ferner die Gleichstellung des Eltern- und Kindesverhältnisses mit dem ihm nachgebildeten und in seinen Hauptwirkungen analogen Vormundschaftsverhältnis verstehen und billigen. Allerdings wird sich der Gedanke an ein Pietätsverhältnis, als etwas innerliches, nicht streng durchführen lassen, denn, wenn nach den Motiven sich das Band der Pietät zwischen Eltern und Kindern schon mit Eintritt der Volljährigkeit „erfahrungsgemäß" lockern soll, so wird es Fälle geben, in denen schon vorher dieses Band zerrissen ist, wir brauchen nur an

einige Fälle der Sittengeschichte aus neuester Zeit zu denken. Man wird also gut tun, den Begriff des Pietätsverhältnisses mehr äußerlicher zu gestalten, denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der § 204 auch solche Fälle begreift, in denen z. B. das Band der Ehe noch aufrecht erhalten, dagegen durch das Verhalten des einen Teils jede innerliche Pietät untergraben ist.

Die Fassung des Satz 1 § 204: „Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten ist gehemmt, solange die Ehe besteht" hat eine Kontroverse hervorgerufen. Von der einen Seite wird der Satz aufgestellt: § 204, S. 1 muß auch dann seine Geltung behalten, d. h.: Die Hemmung des Eigentumsanspruches muß auch dann geltend gemacht werden können, wenn hernach die Ehe für nichtig erklärt, oder erfolgreich angefochten ist und damit als von Anfang an nichtig gilt (Matthias).[1] Der hauptsächlichste Vertreter der entgegengesetzten Ansicht, Plank,[2] dagegen bestreitet die Zulässigkeit des § 204, S. 1 in diesem Falle mit der Begründung, daß rechtlich die betreffenden Personen gar nicht in solchem Falle Ehegatten seien. Dieser Gelehrte ist aber selbst gezwungen, gleich darauf unter Hinweis auf die §§ 1329 und 1343 B. G.-B. zuzugeben, daß, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, sich der berechtigte Teil darauf berufen könne, daß die Verjährung des von ihm geltend gemachten Anspruchs gehemmt gewesen sei.

M. E. wird man der ersten Ansicht den Vorzug geben müssen, trotzdem Planks Ausführung die strenge logische Konsequenz für sich hat. Denn in der Tat kann man dann nicht von Ehegatten im Sinne des Gesetzes reden, wenn das Gesetz mit dem Zusammenleben der Betreffenden gar nicht hat den Begriff der Ehe verbinden wollen. Wenn ich mich aber trotzdem für die erste Ansicht entscheide, so möchte ich das damit begründen, daß es in nicht wenigen Fällen in die Hand der Betreffenden gegeben ist, die Ehe durch Stillschweigen oder einfache Bestätigung zu einer von Anfang an gültigen zu machen, andererseits es doch der Gedanke des § 204 ist, während der Zeit die Verjährung zu hemmen, während welcher der berechtigte Teil an der Geltendmachung seines Anspruchs tatsächlich verhindert war. Das aber ist, wie auch Plank zugibt, solange der Fall gewesen, als dem Verhältnis der beiden Personen nicht der Charakter der Ehe abgesprochen ist. Es ist nun die Auffassung Planks m. E. eine kaum zu rechtfertigende Härte, andererseits glaube ich, nicht zugeben zu können, daß es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann, einem Zustande, den zu einem legalen zu machen nur vom guten Willen der Parteien in sehr vielen Fällen abhängt, hier gewisse Vorteile zu gewähren um des Zustands willen, dort ihm dieselben Vorteile wieder zu entreißen, trotzdem der von ihm vorausgesetzte Zustand de facto, wenn auch nicht de iure, bestanden hat, und, obgleich für den Grundgedanken des § 204, Schutz des Pietätsverhältnisses, m. E. hauptsächlich der Zustand de facto ausschlaggebend in Betracht kam.

Aus allgemeinen Gründen also und weil es meinem Rechtsgefühl mehr entspricht, nicht nach der aus dem Wortlaute der §§ 1329 und 1343 sich ergebenden strengen Konsequenz, welche, wie ich noch einmal betonen möchte, auf der Seite Planks steht, möchte ich mich der Ansicht von Matthiaß anschließen, in der Erwägung, daß Planks Ansicht allzusehr erinnert an das summum ius, summa iniuria. Der Fortgang der Ersitzung ist also m. E. auch dann gehemmt, wenn

[1]) Lehrbuch, S. 285. — [2]) Erl. zu § 204,2.

die Eigentumsklage in einer Ehe gehemmt war, die späterhin, einflußlos auf jenen Vorgang, für nichtig erklärt wurde. Das allerdings mag noch zugegeben werden, daß der Zufall wunderlich sein Spiel haben muß, um eine Komplikation, wie sie unserer Erörterung zu Grunde liegt, zu Stande zu bringen. Wie die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten gehemmt ist, während der Zeit der Ehe, so auch für die Zeit der Minderjährigkeit der Kinder beim Vorhandensein von Eltern oder Vormündern. Sicherlich fallen unter dem Begriff „Eltern" auch die Adoptiveltern, da sie ja in jeder Beziehung an die Stelle von leiblichen Eltern treten; dagegen wird man einen Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Kindern zu machen gezwungen sein, da das Gesetz, soweit letztere in Betracht kommen, den Begriff der elterlichen Gewalt und somit, wie wir schließen dürfen, den eines Elternteils im Sinne des Gesetzes überhaupt nicht auf den außerehelichen Vater hat ausdehnen wollen, demnach hier das Verhältnis von Mutter und Kind allein in Betracht käme.

Von besonders praktischem Interesse dürfte an dieser Stelle noch eine flüchtige Besprechung der Frage sein, wie sich unser Gesetz zu der Verjährungshemmung gegenüber den leiblichen Ascendenten eines Adoptierten stellt. Gemäß §§ 1757 und 1767 des B. B.-G. erlangt der Adoptierte die Stellung eines ehelichen Kindes des Adoptierenden, während die elterlichen Rechte und Pflichten und damit doch sicherlich auch die Vergünstigungen auf diesen übergehen. Ist dem aber so, so darf man auch folgern, daß sich das Pietätsverhältnis zwischen den leiblichen Ascendenten des Adoptierten und diesem so sehr ändert, daß für die Anwendung des § 204 hier kein Raum bleibt.

§ 16. Die Hemmung beim Fehlen des gesetzlichen Vertreters.

Grundsätzlich läuft die Verjährung, vollendet sich die Ersitzung wie bei der ältesten usucapio gegen Geschäftsunfähige und nur beschränkt Geschäftsfähige. Der Grund hierfür ist mit den Motiven darin zu finden, daß die Interessen einer dieser Personen der Regel nach gewahrt werden durch einen gesetzlichen Vertreter; die Auffassung, daß der Minderjährige um dieser Eigenschaft willen durchaus geschützt werden müsse, ist dem modernen Rechtsgefühl abhanden gekommen. Andererseits trifft § 206 die richtige Mitte, denn, wenn es einerseits nicht zulässig ist, einen durch einen Vertreter geschützten Minderjährigen noch in Gestalt einer Sondervorschrift hinsichtlich der Verjährung zu decken, so kann es andererseits nicht dem Rechte entsprechen, dem Minderjährigen auch dann den Schutz zu entziehen, wenn die Voraussetzung, unter welcher er versagt wurde, nicht zutrifft, m. a. W. wenn zeitweilig ein gesetzlicher Vertreter fehlt. So entscheidet also § 206: „Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird eine gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt vollendet, in welchem die Person geschäftsfähig wird, oder der Mangel der Vertretung aufhört." Es handelt sich hier wie bei der im folgenden Paragraphen zu besprechenden Verjährung von Ansprüchen für und gegen einen Nachlaß, nicht eigentlich um eine Hemmung der besprochenen Art, sondern hier wie dort haben wir es mit der besonderen Bestimmung zu tun, daß die Verjährung sich nicht eher vollenden kann, als sechs Monate nach einem bestimmten Zeitpunkt. Das hat zur Folge, daß eine Verjährung, der beim Eintreten der Voraussetzungen des § 206,1 noch etwa 10 Tage fehlen,

nun nicht etwa diese Zeitspanne erledigt sofort nach Beseitigung des Hemmungsgrundes, hier also mit dem Auftreten eines gesetzlichen Vertreters, vielmehr können diese 10 Tage nach § 206,1 nicht eher ablaufen, als mit der Vollendung von sechs Monaten nach Beseitigung des genannten Hindernisses; um die gleiche Zeit aber wird natürlich auch der Fortgang der Ersitzung hinausgeschoben.

Geschäftsunfähigen also und in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen ist dieses Privileg verliehen, das will besagen, Minderjährigen im eigentlichen Sinne, d. h.: Personen von 7—21 Jahr, cf. § 110, und Geschäftsunfähigen, d. h.: Personen unter 7 Jahren und solchen, welche sich in einem dauernden Zustande befinden, der freie Willensbestimmung ausschließt, wie besonders bei krankhafter Störung der Geistestätigkeit, und endlich: wegen Geisteskrankheit Entmündigten, cf. § 104. Die Bedingung aber ist, daß ein „gesetzlicher" Vertreter, also Vater, Mutter auch Vormund, der fähig wäre, die Interessen des Vertretenen zu wahren, nicht vorhanden ist. Daraus, daß das Gesetz von einem „gesetzlichen" Vertreter spricht, ergibt sich, daß, wenn ein solcher nicht vorhanden ist, dagegen eine andere zur Vertretung berechtigte Person, der § 206,1 dennoch Anwendung findet. So auch Plank[1]) m. E. mit Recht. — Gegen Plank aber glaube ich mich wenden zu dürfen, wenn dieser Schriftsteller behauptet, daß dann kein Grund zur Anwendung des § 206,1 vorliege, wenn ein Minderjähriger zwar einen Vormund habe, dieser jedoch nach der Bestellung geschäftsunfähig wird. Es handelt sich hier um die Zwischenzeit zwischen Eintritt der Geschäftsunfähigkeit und der Entmündigung, denn nach dieser kann die Entscheidung nicht zweifelhaft sein. Plank[2]) sagt in dem angegebenen Falle: „Bei dieser Sachlage dürfte kein genügender Grund vorliegen, den § 206 im gedachten Falle für anwendbar zu erklären. Der Mündel hat einen gesetzlichen Vertreter, dieser ist zwar wegen seiner Geschäftsunfähigkeit außer Stande, den Mündel zu vertreten, aber, in Ermanglung besonderer gesetzlicher Vorschriften, liegt kein Grund vor, diese Verhinderung anders zu beurteilen, als jede andere tatsächliche Verhinderung." Hier aber scheint mir denn doch die Konsequenz auf die Spitze getrieben und ich möchte mich für berechtigt halten, das Gegenteil aus § 206,1 herauszulesen. Seiner ganzen Anlage nach ist der Paragraph darauf zugeschnitten, dem inder Geschäftsfähigkeit ganz oder teilweise Beschränkten dann eine Fristverlängerung zur Geltendmachung seiner Ansprüche zu gewähren, wenn seine Interessen nicht durch einen Vertreter wahrgenommen werden.

Plank selbst gibt zu, daß der geschäftsunfähige Vormund nicht im Stande ist, die Interessen seines Mündels zu vertreten, er ist überhaupt nicht im Stande, irgend eine rechtsverbindliche Handlung vorzunehmen, sollte es da der Wille des Gesetzes sein, auf der einen Seite rechtlich den Mann zu beseitigen, um ihm auf der anderen Seite eine gerade rechtlich so oft sehr viel mehr, als tatsächlich bedeutende Stellung zu gewähren? Es ist nicht recht zu verstehen, warum Plank diesen Fall anders behandeln will, als den, wenn der Vater geschäftsunfähig wird. Hier sagt unser Schriftsteller ausdrücklich, daß beim Fehlen der Mutter bis zur Bestellung eines Vormundes das Kind ohne gesetzlichen Vertreter ist. Der Grund ist nur der, daß der Vater zur gesetzlichen Vertretung nicht mehr berechtigt ist, und er ist darum nicht berechtigt, weil er geschäftsunfähig ist, weil seine Gewalt ruht infolge tatsächlicher Behinderung an ihrer Ausübung, denn das dürfte der Anlaß sein zu § 1676,1. Was

[1]) Erl. **2** zu § 206. — [2]) Erl. zu § 206.

hier aber Rechtens ist, das scheint mir gegen Plank auch im ersten Falle Geltung haben zu müssen, ich glaube, es nicht zugeben zu können, daß ein Vormund, der z. B. wegen Geisteskrankheit gar nicht um seine Eigenschaft und Pflichten weiß, als gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 206,1 wird bezeichnet werden können. — Vielmehr glaube ich, daß man im Falle geistigen Todes nicht anders zu urteilen haben wird, wie wenn ein gesetzlicher Vertreter stirbt. Tritt ein solcher Todesfall ein, nachdem die Vergünstigung des § 206 begonnen hat, d. h., die sechs Monate zu laufen angefangen haben, so darf man annehmen, daß die noch laufende Verjährung wiederum nicht vollendet werden kann, vor Ablauf von neuen sechs Monaten nach Bestellung des zweiten gesetzlichen Vertreters, wie man dasselbe anzunehmen haben wird, wenn eine geschäftsfähig gewordene Person innerhalb der sechs Monate, die ihr nach § 206,1 laufen, wiederum geschäftsunfähig geworden ist.[1]) Demnach gilt allgemein folgendes: Gegen Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Eigentümer wird die Ersitzung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt vollendet, in welchem sie unbeschränkt geschäftsfähig geworden sind oder der Mangel der Vertretung aufhört. — So der Regel nach. Keine Anwendung aber findet nach § 206,2 diese Regel in dem Falle, wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger prozeßfähig ist. Prozeßfähig aber ist nach der C.-P.-O. § 52 eine Person, wenn sie sich durch Verträge verpflichten kann. Ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter nun kann sich lediglich im Falle der §§ 112, 113 B. G.-B. vertraglich mit Geltung für das Recht verpflichten, d. h.: wenn er unter Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters und des Vormundschaftsgerichtes ein Erwerbsgeschäft betreibt, soweit nicht außergewöhnliche Geschäfte in Betracht kommen, vgl. §§ 1643, 1821, 1822 B. G.-B., und im Falle der Annahme eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses unter gleichen Voraussetzungen. Demnach gewinnen wir als Resultat: Fällt einem Minderjährigen, der prozeßfähig ist, der gesetzliche Vertreter fort, so setzt sich in Bezug auf Sachen, über welche sich der Minderjährige vertraglich verpflichten kann, gegen ihn die Verjährung fort und die Ersitzung wird ohne Rücksicht auf § 206,1 anstandslos vollendet.

§ 17. Die Hemmung bei Ansprüchen für oder gegen einen Nachlaß.

Von demselben Grundgedanken, der für § 206 maßgebend war, ist auch § 207 beherrscht, auch hier soll dem Berechtigten eine Frist von sechs Monaten zur Geltendmachung seiner Ansprüche freibleiben. § 207 bestimmt demnach: „Die Verjährung eines Anspruchs, der zu einem Nachlasse gehört oder sich gegen einen Nachlaß richtet, wird nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Erbschaft von dem Erben angenommen oder der Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird, oder von welchem an der Anspruch von einem Vertreter oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann." Cum grano salis wird man auch hier davon reden können, daß dem Anspruch der gesetzliche Vertreter fehlt, denn, wenn auch nach B. G.-B. eine hereditas iacens nicht gedacht werden kann, da die Erbschaft ipso iure mit dem Erbfall auf den Erben übergeht, so ist damit nicht gesagt, daß nicht auch der Berufene frist- und formgerecht die Erbschaft ausschlägt. Auch besteht ja nach § 1959, für den Delaten keine Verpflichtung,

[1]) cf. Biermann, Erl. 2 zu § 939.

für Denjenigen, der tatsächlich Erbe werden wird, zum Nachlaß gehörige Ansprüche im Wege der negotiorum gestio geltend zu machen, und er wird das, wie die Motive sagen, um so eher vermeiden, als daraus leicht der „Anschein eines stillschweigenden Verzichtes auf die Ausschlagungsbefugnis" gefolgert werden könnte, ganz abgesehen von den Fällen, in denen der Erbe von seiner Delation nichts weiß. Somit besteht die dringende Gefahr, daß vielleicht wertvolle Nachlaßstücke durch Verjährung verloren gehen können, ein Umstand, der, wie die Motive treffend betonen, die Nachlaßgläubiger schwer treffen könnte, ohne daß eine Möglichkeit zur Abwehr gegeben wäre. Es kann daher nur gerechtfertigt erscheinen, wenn dem Erben ein gleiches Privileg gewährt wird, wie dem durch § 206 Berechtigten, d. h.: es ist auch dem Erben eine sechsmonatliche Frist zuzubilligen von der Annahme der Erbschaft an. Es bedarf keiner besonderen Begründung, daß, wie der Erbe Vertreter des Nachlasses ist und ihm als solchen das Privileg des § 207 zur Seite steht, so das Gleiche zu gelten hat, wenn in Gestalt eines Konkursverwalters oder anderen Vertreters, wie z. B. eines Nachlaßpflegers oder Testamentsvollstreckers ein Berechtigter vorhanden ist, der den Anspruch geltend machen kann, vgl. §§ 1960, 1961, 1981, 2212 B. G.-B. Wie aber werden wir hier zu entscheiden haben, wenn ein Vertreter der gedachten Art innerhalb der Frist von sechs Monaten wiederum fortfällt. Wenn auch der Text des § 207 nicht geeignet ist, jeden Zweifel im Sinne der einen oder der anderen Ansicht zu zerstreuen, so glaube ich doch, mich für dieselbe Ansicht entscheiden zu dürfen, die ich bei § 206 vertreten habe, m. a. W. dafür, daß einem neuen Vertreter darum sinngemäß die Frist von sechs Monaten offengehalten werden muß, als, wie bereits eingangs erwähnt, beiden §§ 206 und 207 das gleiche Leitmotiv zu Grunde liegt. Eine Frist von sechs Monaten kann aber nicht freibleiben, wenn durch den Fortfall eines Vertreters wiederum derjenige fehlt, von dem der Anspruch geltend gemacht werden kann. In sinngemäßer Zusammenfassung jedoch der §§ 939 und 207 können wir mit Biermann[1]) als Resultat dieser kurzen Ausführung hinstellen: „Gehört das Eigentum oder der Ersitzungsbesitz zu einem Nachlasse, so vollendet sich die Ersitzung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte, in welchem die Erbschaft von dem Erben angenommen oder der Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird, oder der Eigentumsanspruch von einem Vertreter oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann."

[1]) Erl. zu 939,2.